

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 995

(Ano XIII)

(02/01/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

## 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



#### **Pensão alimentícia: 15 dúvidas frequentes**

*Marco Jean de Oliveira Teixeira, 05.*

### ARTIGOS

#### **Breve histórico do benefício de prestação continuada e as recentes alterações legislativas**

*Ana Lúcia Barbosa de Oliveira, 10.*

#### **A relação entre a mutação constitucional (verfassungswandlungen) do art. 150, VI, "d" e a aprovação da Súmula Vinculante nº 57 referente à imunidade tributária.**

*Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro, 20.*

#### **Direitos humanos sob o prisma de Immanuel Kant em relação com a problemática dos moradores de rua: dos albergues à oportunidade de emprego**

*Thaíza Lopes Evangelista, 33.*

#### **A desconfiguração da justa causa na Justiça do Trabalho**

*Luís Alberto Marques Pinheiro, 54.*

#### **Positivismo excludente versus positivismo includente**

*José Carlos Severo de Oliveira Matos e Silvio Gabriel Serrano Nunes, 73.*

#### **Distinções entre os institutos da passagem forçada e a servidão de passagem**

*Carolina Zandonai, 92.*

#### **A constitucionalidade do recebimento de adicionais de insalubridade ou periculosidade por servidores públicos remunerados pelo regime de subsídios: estudo de caso da Súmula nº 45/2018 da PGE/AL**

*Elder Soares da Silva Calheiros, 102.*

#### **A Ineficácia Das Medidas Protetivas Aplicadas Pela Lei Maria Da Penha**

*Beatriz de Almeida do Carmo, 107.*

**A tutela popular dos direitos sociais: a iniciativa popular vinculante**

*Helio José Ramos Carneiro de Campos, 119.*

**A teoria científica da ciência do direito**

*Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana e Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro, 174.*

**O acordo de não persecução penal na nova Lei 13. 964/19**

*Eduarda Ferreira Arantes Costa, 184.*

**A participação da família na instrução processual no processo penal**

*Ailton de Oliveira Costa, 200.*

**A relação entre o dimensionamento de pessoal e o planejamento estratégico à luz da Constituição Estadual de Alagoas**

*Elder Soares da Silva Calheiros, 209.*

**Aspectos gerais sobre a prorrogação de contratos administrativos: requisitos e discricionariedade**

*Ítalo Gonçalves Matos, 212.*

**Possíveis repercussões da decisão do STF no RE 784.439 para os contribuintes do ISS**

*Israel Almeida de Cesare Maia, 223.*

**O papel da família e do Estado diante do fenômeno jurídico “abandono afetivo inverso”**

*Andressa Oliveira dos Santos Martins, 227.*

**Possibilidade de vínculo empregatício dos motoristas de Uber no Brasil**

*Adeilson Cruz Lopes, 235.*

**Adoção a brasileira vista à luz do Código Penal: altruísmo ou crime?**

*Leila de Abrantes Bezerra Barakat, 245.*

**A possibilidade de o acadêmico de direito prestar aconselhamento jurídico no âmbito dos juizados especiais cíveis**

*Helio José Ramos Carneiro de Campos, 267.*

**Os horários para a realização de provas físicas em concursos públicos: uma análise da Lei estadual de Alagoas nº 7.858/2016**

*Elder Soares da Silva Calheiros, 278.*

**A aplicação da Convenção de Haia de 1980 em casos de subtração internacional de menores na manutenção do direito de guarda e visita**

*Jackeline Maximiano Viana, 283.*

**Aplicação do instituto contempt of court ao Direito Processual Civil brasileiro – garantia de efetividade da tutela jurisdicional**

*Rogério Eduardo Werneck Júnior, 294.*

**Explicação da Adi 4275/DF: direito ao reconhecimento de nome transgênero**

*Marielle Lopes Aguiar, 335.*

**A ética no Judiciário em consonância com o princípio da motivação das decisões judiciais**

*Márcia Barbosa Fernandes, 348.*

**As provas orais sob a ótica da Lei Estadual de Alagoas N° 7.858/2016**

*Elder Soares da Silva Calheiros, 362.*

**Os efeitos patrimoniais e previdenciários do concubinato de longa duração no direito brasileiro**

*Otton Tércio de Oliveira Ferreira, 365.*

## PENSÃO ALIMENTÍCIA: 15 DÚVIDAS FREQUENTES

### MARCO JEAN DE OLIVEIRA TEIXEIRA:

Advogado de Direito de Família e Sucessões. Bacharel em Direito Pela Faculdade Anhanguera de Valinhos, MBA em Administração, Gestão e Marketing Jurídico, pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil.

Pensão alimentícia é um direito que garante a parentes, por exemplo, filhos, cônjuges ou companheiros a possibilidade de pedir a outra pessoa assistência financeira para suprir suas necessidades básicas de sobrevivência.

O valor devido não se atém apenas aos recursos necessários à alimentação propriamente dita.

Assim como, nem sempre será apenas o pagamento em dinheiro, ele abrange moradia, vestuário, educação e lazer, etc.

Ou seja, a pensão alimentícia tem o objetivo de auxiliar o beneficiário que não pode manter esses gastos a poder viver de acordo com a sua realidade social.

### **Importante!**

Sempre deve ser levado em consideração as condições financeiras, tanto da pessoa que paga quanto da que vai receber.

As maiores dúvidas quanto a pensão alimentícia surge quando um casal com filhos se separa.

Questões por parte de quem paga, quanto por parte de quem recebe, algumas dúvidas são muito comuns, por exemplo, quem é obrigado a pagar a pensão alimentícia? Quanto deve pagar de pensão alimentícia? Se não pagar a pensão alimentícia, o que acontece?

Para tentar tirar algumas destas dúvidas, elaboramos 15 perguntas e respostas para tirar as principais dúvidas sobre a pensão alimentícia.

### **Quando a pensão é devida ao filho?**

O exemplo mais comum é quando um casal que tem filhos se separa, seja mediante divórcio, dissolução da união estável, ou mesmo mãe e pai que tiveram um relacionamento ocasional, havendo filhos menores ou mesmo que seja maior, porém absolutamente incapaz, a pensão será devida.

Esse direito é adquirido a partir do nascimento, com o registro em certidão de nascimento, devendo desde então receber a pensão, em regra, até que atinja a maioridade civil, e se provar de forma inequívoca que a necessidade persiste, a pensão é devida mesmo após atingir a maioridade.

## **Sob o regime da guarda compartilhada, mesmo assim é obrigatório o pagamento da pensão?**

Sim.

Nessa modalidade, a guarda é exercida por ambos os pais, ficando os dois genitores igualmente responsáveis pela criação da prole, de forma a equilibrar o tempo de convivência entre mãe e pai.

Porém é possível que seja fixada pensão alimentícia em favor dos filhos de acordo com a necessidade do alimentando e a possibilidade dos alimentantes, devendo esse binômio ser usado como parâmetro para estipular o valor que será devido.

Assim, quando estipula a guarda compartilhada a pensão não deve ser diminuída ou extinta, ela serve apenas para equilibrar o tempo de convivência dos filhos com os pais.

## **Qual o procedimento para receber pensão alimentícia?**

Ela se dá de duas formas, uma consensual, quando não há divergência entre as partes, outra litigiosa, quando os pais não entram em um acordo sobre o valor da pensão.

O primeiro passo é ir atrás de um advogado particular ou no caso de não ter condições, de um defensor público.

Após, será ajuizada ação judicial de alimentos em favor dos filhos menores ou incapazes, perante o Poder Judiciário. Se tratando de ação consensual, o juiz homologará o acordo firmado entre os pais.

Já no caso de não haver acordo, restará o litigioso, nessa situação, no primeiro momento que o juiz se manifestar na ação, deferindo o pedido inicial, ele fixa os “alimentos provisórios”, que não possui caráter definitivo.

Porém deve ser pago imediatamente. No entanto, esse valor perdurará somente até a fixação do valor definitivo.

Com a sentença, será dado o valor/percentual final, podendo ser menor, maior ou igual ao estipulado no início da ação.

## **Qual percentual a pessoa tem que pagar de pensão alimentícia? Como é realizado o cálculo?**

Existe um mito de que o valor deverá ser fixado em 30% do total de rendimentos da pessoa que pagará, mas isso não é verdade.

Não há um valor pré-definido, nem mínimo nem máximo.

O Juiz calculará o valor da pensão de acordo com a possibilidade do pai e das necessidades do filho.

O que será observado são as necessidades básicas de quem recebe e se o valor é suficiente para supri-las – alimentação, vestuário, moradia, estudo dentre outras.

Assim como na capacidade real de quem vai pagar, pois ela tem que suportar esse custo sem o prejuízo de seu próprio sustento.

### **Quem está desempregado deve pagar pensão?**

Sim.

Há um entendimento por parte dos Juízes que por ser a pensão um item de primeira necessidade, sempre será fixado um valor para o genitor alimentante pagar, mesmo que seja um valor pequeno.

### **Quando acaba a obrigação de pagar pensão alimentícia?**

Em regra a obrigação da pensão cessa quando o filho atinja a maioridade – 18 anos.

Contudo, ela persistirá mesmo após ter completado 18 anos, se a necessidade persistir, por exemplo, se estiver estudando em uma faculdade ou em curso profissionalizante e se depender do dinheiro da pensão para o seu sustento.

### **Lembre-se!**

A exoneração ou a suspensão da pensão não se dá de forma automática, ela deve ser pedida judicialmente.

### **Não consigo pagar a pensão, e agora?**

Caso esteja com dificuldades financeiras, deverá ser pedido judicialmente uma readequação dos valores.

No entanto, eles só atingirão pagamentos futuros, caso já tenha dívidas, esse valor não será diminuído.

### **Os avós podem ser obrigados a pagar pensão para os netos?**

Sim.

Quando se esgotarem todos os meios de cobranças do genitor, em casos excepcionais, os avós, tanto materno como paterno, poderão ser responsáveis pelo pagamento da pensão alimentícia dos netos.

Os critérios são os mesmos: possibilidade X necessidade.

### **O que acontece com quem se negar a pagar a pensão?**

Se o alimentante não efetuar o pagamento da pensão determinado em sentença judicial, é necessário informar seu advogado para que ele ajuíze uma execução de alimentos.



Nesse procedimento, é possível a penhora de bens do devedor, o protesto, ou ainda, requerer sua prisão para que ele pague o que é devido por direito.

### **Quando o salário de quem paga aumenta, tenho direito a um aumento?**

O simples aumento dos rendimentos de que paga, por si só não implica no aumento do valor da pensão alimentícia.

Sempre é possível pedir revisão dos valores. No entanto, eles serão aumentados apenas se houver uma alteração na necessidade X possibilidade. Isso está previsto no artigo 1.699 da Lei 10406 de 2002, Código Civil Brasileiro e no artigo 15 da Lei 5478 de 1968, Lei de Alimentos.

### **Quando a mãe e o filho passam a morar com um novo companheiro, o pai pode pedir revisão da pensão?**

Não necessariamente.

A pensão alimentícia é devida ao filho, assim, na maioria das vezes, em nada mudará a obrigação. O relacionamento da mãe com outro, geralmente não interfere no valor da pensão.

Como dito anteriormente, a revisão somente é possível diante das mudanças de possibilidade de pagamento do pai e a das necessidades do filho.

Existe a possibilidade de aplicar a proporcionalidade, ou seja, a pensão observaria a necessidade, possibilidade e proporcionalidade.

### **O pai foi preso por não pagar a pensão alimentícia, agora a família quer que eu perdoe a dívida. O que eu faço?**

Muito importante sempre ter em mente, que a pensão alimentícia é um direito do seu filho, para o bem-estar dele, assim você defenderá um direito dele, não seu.

Portanto não ceda!

### **O pai dos meus filhos está me ameaçando caso eu entre na justiça para cobrar pensão alimentícia. Como agir?**

Nunca ceda as chantagens.

Procura uma delegacia mais próxima, se possível uma Delegacia da Mulher, faça um BO – boletim de ocorrência, por um crime chamado “coação no curso do processo” e se a ameaça for grave, solicite ao delegado um pedido de medida protetiva, para que o juiz determine que ele seja impedido de se aproximar de você.

### **Posso pedir pensão antes de o filho nascer?**

Sim.

Porém para que tenha direito, deverá reunir indícios de que ele realmente é o pai. Exemplo: provas do relacionamento entre vocês.

São os chamados “alimentos gravídicos”, que devem ser garantidos pelo pai durante toda a gravidez.

### **Quando o pai tem filhos com mães diferentes, como é feito o cálculo para pagamento da pensão.**

Como já foi dito acima, não há uma regra específica para realizar o cálculo do valor da pensão.

O juiz observará as condições socioeconômicas do pai e a necessidade real do filho.

Na maioria das vezes, a existência de outro filho, afeta a possibilidade e conseqüentemente, influencia no valor da pensão.

### **Conclusão**

É de suma importância que todos tenham consciência dos direitos e deveres relacionados à pensão alimentícia, para saber quando ela pode ser requisitada, como funciona, quais etapas a serem seguidas.

Esperamos que este artigo tenha cumprido o seu objetivo de explicar as principais dúvidas relacionadas ao tema.

## **BREVE HISTÓRICO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E AS RECENTES ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS.**

**ANA LÚCIA BARBOSA DE OLIVEIRA:** Bacharela em administração de empresas, MBA em gestão de pessoas e Pós em finanças, contabilidade e controladoria, Pós em gestão Pública.

**RESUMO:** O presente artigo discorre acerca do Benefício de Prestação Continuada, onde foi realizada uma breve pesquisa bibliográfica sobre os principais marcos históricos, suas características sociais, as mudanças e inovações que perpassam o instituto até o momento. O Benefício é um marco no Brasil, por sua essência não contributiva, garantido como direito, sendo regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), atinge a população em situação de vulnerabilidade social, ofertando a proteção de pessoas idosas a partir de sessenta e cinco (65) anos ou mais e pessoas com deficiência que comprovem não ter condições de prover suas necessidades básicas, ou tê-las providas por sua família, concretizando esta proteção por meio do fornecimento de um salário mínimo aos beneficiários, juntamente de um acompanhamento socioassistencial, visando o enfrentamento das vulnerabilidades sociais.

**Palavras-chave:** Benefício de Prestação Continuada, Política de Assistência Social e Lei Orgânica da Assistência Social.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Breve histórico. 3 BPC à luz da Assistência Social, conceito de direito. 4 Amparo legislativo, demandas sociais, evolução e impactos mais significativos perante o BPC. 5 Conclusão. 6 Referências.

### **1. INTRODUÇÃO**

Discutir o benefício de prestação continuada é de suma importância, considerando que representa um marco da política de Assistência Social no Brasil, a qual passou por diversos empasses para ser garantido, tendo em vista que por muito tempo as questões sociais estiveram ausentes na formulação das políticas, não sendo considerada direito do cidadão, tendo como referência de promulgação a Constituição Federal de 1988, constituindo a assistência social como política, alcançando o mesmo nível da política de saúde e previdência, formando o tripé de Seguridade Social.

O benefício de prestação continuada constitui-se um direito constitucional, sendo regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), perpassando por alterações das Leis n.º 9.720/1998 e n.º 10.741/2003 e pelo Decreto n.º 1.744/1995, o qual entrou em vigor em 1996 e as mais recentes através da Lei 13.981/2020, apresentando significativas evoluções, que serão abordadas adiante neste artigo.

O benefício aqui destacado é garantido como direito, integrando a proteção social básica, no âmbito do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), sendo que se materializa por meio da oferta de 01 (um) salário mínimo a pessoas idosas a partir de 65 (sessenta e cinco) anos ou mais e pessoas com deficiência, que comprovem não ter condições de prover suas

necessidades básicas, ou de tê-las providas por suas famílias, tendo como base a comprovação de renda per capita inferior ou igual a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo,

Será destacado um breve histórico do benefício de prestação continuada, perpassando as lutas enfrentadas, para que tal fosse instituído legislativamente, sendo também evidenciado o BPC à luz da Assistência Social – conceito de direito, explorando a essência do benefício dentro da política, transcorrendo suas principais características na ênfase de enfrentamento das vulnerabilidades sociais.

As evoluções asseguradas legislativamente perante as últimas décadas, empasses e principais conquistas legislativas também serão ressaltadas, buscando elucidar uma análise dos impactos, objetivando assim produzir reflexão e conhecimento acerca do tema.

## **2. Breve histórico**

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) foi assegurado e garantido em 1988 através da promulgação da Constituição Federal, sendo regulamentado pela Lei 8.742 de 07 de dezembro de 1993, Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), o qual é um benefício não contributivo, que garante um salário mínimo às pessoas idosas com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais e pessoas com deficiência.

Importante elucidar que o BPC foi uma conquista que partiu de um processo de muitas lutas e engajamento dos movimentos sociais na década de 80, no período de redemocratização do país, sendo que neste momento foi possível a consolidação dos direitos sociais, marcados pelo acentuado envolvimento de toda a população neste período, o qual também foi determinado pelo intenso processo da ditadura militar.

No processo de conquista e luta dos direitos sociais, a previsão constitucional transformou e fortaleceu os sentidos da assistência social no Brasil, deslocando-a do âmbito de uma regulação unicamente moral para o de uma vinculação propriamente jurídica (Boschetti, 2006).

A Assistência Social foi incluída no tripé da Seguridade Social, a qual “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. (CF/88: art.194)

Anterior ao BPC faz-se necessário destacar que não existia outro benefício não contributivo para a população, muito menos um trabalho socioassistencial, abarcando uma política de garantia de direitos. Antes da promulgação da Carta Magna, apenas a previdência social ofertava amparo aos cidadãos, apresentando benefícios com características contributivas e que exigiam a filiação ao regime previdenciário, tendo como exemplo o Renda Mensal Vitalícia (RMV).

O Renda Mensal Vitalícia foi criado em 1974, sendo regulamentado pela Lei 6.179, o mesmo era um benefício que ofertava sessenta por cento (60%) do salário mínimo, a pessoas que comprovassem incapacidade para o trabalho e idosos a partir de 70 (setenta) anos ou mais, o qual embasava ao pressuposto de filiação ao regime previdenciário ou necessidade de comprovação de trabalho, ou seja, era um benefício com caráter contributivo. Nesse sentido, importante ressaltar que a partir de 1988, com a consolidação da Constituição Federal, o

Renda Mensal Vitalícia passou a estar à luz da assistência social, onde a conquista do BPC torna-se um marco no Brasil, pois está desvinculado da contribuição direta e da necessidade de comprovação de vínculo trabalhista, tendo como diferencial também a oferta de 01 (um) salário mínimo, não 60% (sessenta por cento). (STOPA, 2019).

### **3. BPC à luz da Assistência Social, conceito de direito.**

O Benefício de Prestação Continuada foi um divisor de águas no que tange o enfrentamento da extrema pobreza e miserabilidade no Brasil, tendo em vista que é um direito significativo no que se refere à transferência de renda, com teor não contributivo existente na política de assistência social, sendo mais do que isso, representa uma articulação realizada com a prestação dos serviços socioassistenciais.

De acordo com o Manual de Orientação do Ministério do Desenvolvimento Social (2005):

Este Benefício Assistencial foi regulamentado pela Lei n.º 8.742 - Lei Orgânica da Assistência Social/LOAS, de 07/12/1993, com alterações das Leis n.º 9.720/1998 e n.º 10.741/2003 e pelo Decreto n.º 1.744/1995, tendo entrado em vigor em 01/01/1996. A partir de uma nova concepção da Política Nacional de Assistência Social – PNAS na perspectiva do Sistema Único de Assistência Social – SUAS, em 2004, o Benefício de Prestação Continuada - BPC passou a constituir parte integrante da Proteção Social Básica.

A Constituição Federal de 1988 no art. 203 elucida as garantias do BPC, sendo expresso:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à Seguridade Social, e tem por objetivos:

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Em 1993 a LOAS regulamentou o art. 203, onde foram inseridas garantias aos usuários contemplados pelo benefício, intensificando sua importância para além de uma transferência de renda, o caracterizando como um programa socioassistencial, o documento BOLETIM, BPC, 2015 salienta a importância do acompanhamento preciso às famílias beneficiárias:

A atenção aos beneficiários do BPC nos serviços socioassistenciais visa à garantia de direitos, o desenvolvimento de mecanismos para a inclusão social de acordo com as barreiras identificadas, a equiparação de oportunidades e a participação e o desenvolvimento da autonomia das pessoas com deficiência e pessoas idosas, consideradas suas necessidades e potencialidades individuais e

sociais, prevenindo situações de risco, a exclusão e o isolamento. Contribui ainda com a promoção do acesso dos beneficiários aos serviços de outras políticas públicas. A oferta de serviços socioassistenciais e execução de ações articuladas da Assistência Social com outras políticas com foco nos beneficiários do BPC no âmbito municipal é fundamental para ampliar a proteção social das pessoas idosas, das pessoas com deficiência e suas famílias.

A política de assistência social é dividida em níveis de complexidade, sendo regulamentados pela Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais do ano de 2009, os níveis são classificados como baixa, média e alta complexidade, sendo que a proteção social se divide em básica e especial, onde o BPC se enquadra na básica, sendo os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) os responsáveis por orientação e encaminhamento dos beneficiários para o acesso ao benefício, realizando também o acompanhamento dos usuários do serviço. O documento Boletim BPC, 2015 salienta a importância do CRAS neste processo:

A participação do CRAS é fundamental como porta de entrada dos requerentes do benefício, por meio de orientações, identificação de potenciais beneficiários e encaminhamentos. Além disso, é assegurada a oferta prioritária de serviços socioassistenciais para os beneficiários do BPC e suas famílias, especialmente as que apresentam maior vulnerabilidade e risco social.

Portanto, é importante ressaltar que o benefício de prestação continuada é uma ação do Estado que objetiva assegurar e ampliar a Seguridade, coordenado pela Assistência Social, sendo o estruturador de proteção aos usuários contemplados, oportunizando acesso a bens e serviços públicos, propiciando condições de superação das desvantagens sociais vivenciadas, oportunizando a conquista da autonomia.

#### **4. Amparo legislativo, demandas sociais, evolução e impactos mais significativos perante o BPC.**

A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) foi aprovada cinco anos após a promulgação da Carta Magna de 1988, possibilitando a reafirmação da Assistência Social como direito do cidadão e dever do Estado, reforçando sua essência como política não contributiva.

No que tange o BPC foi possível vislumbrar definições de público critérios de elegibilidade e outros dispositivos, porém, mesmo com a aprovação, não houve de imediato a regulamentação dos artigos, permitindo que por dois anos a lei ficasse descoberta, impossibilitando a segurança de renda prevista nesta lei, após este período várias demandas sociais foram apresentadas e muitas adaptações foram sendo realizadas na Lei para concessão, manutenção e revisão, objetivando a afirmação e ampliação do direito ao benefício. Nessa inteligência faremos uma breve explanação das principais mudanças que ocasionaram os maiores impactos em efetivação.

Em relação ao critério de idade, direcionado aos idosos a LOAS em seu art. 20, em sua publicação inicial estabelecia 70 (setenta) anos ou mais, em 1998 foi reduzida para 67

(sessenta e sete), já em 2004 ficou definido que teria direito a pleitear o benefício idoso com idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos, estando vigente até o momento.

Em 2007 por meio do Decreto N° 6.214, foi possível realizar atualizações pertinentes a Lei, tendo em vista que se apresentava muito defasada, sendo realizadas alterações nas leis do ano de 1998 e 2003, tendo como destaque a integração do BPC na proteção social básica, no contexto do SUAS, fortalecendo a universalização dos direitos sociais, intensificando a proteção social.

Por meio de decretos foram surgindo alterações pertinentes e que vinham de encontro com as demandas sociais apresentadas naquele momento, Freitas, Souza e Martins, 2013, destacam as seguintes alterações mais significativas:

O Decreto n° 7617, de 17 de novembro de 2011, trouxe outras alterações ao Regulamento, das quais, três podem ser vistas como as mais significativas, quais sejam: a) a explicitação da possibilidade de nova concessão do BPC após cessação, em razão do ingresso no mercado de trabalho; com vistas a afastar o mito de não mais ser elegível como pessoa com deficiência; b) reconceituação de incapacidade, que passou adotar uma abordagem biopsicossocial da deficiência, levando em conta fatores contextuais; c) a instituição de modelo de Avaliação da Deficiência com base na Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF), da Organização Mundial da Saúde (OMS), levando em conta as barreiras sociais na obstrução da participação plena e efetiva na sociedade, e não mais apenas os aspectos físicos ou biológicos.

No sentido da avaliação da pessoa com deficiência, em que tange a necessidade de verificação de compatibilidade com os critérios exigidos, muitos aprimoramentos foram sendo realizados no decorrer dos anos, para que se alcançasse um melhor padrão de avaliação, objetivando uma forma igualitária e justa. Dentre os impactos significativos pode-se destacar uma mudança ocorrida em maio de 2009, a qual se remete a utilização de uma abordagem multidimensional e da funcionalidade, considerando também as barreiras sociais e fatores contextuais, desmistificando o foco exclusivo nos aspectos físicos e biológicos, sendo necessária uma avaliação social e médico pericial, as quais são realizadas por assistentes sociais e médicos.

No ano de 2011 também ocorreu uma adequação importante, o art. 20, § 2º, da Lei n° 8.742/93, passou a se ajustar à Convenção de Nova Iorque no que tange os direitos das pessoas com deficiência, remetendo importância a dois aspectos fundamentais: o biológico (impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial) e o sociológico (interação dos impedimentos biológicos com barreiras, e a obstrução da participação plena e efetiva do deficiente na sociedade, em igualdades de condições com as demais pessoas). Nesse sentido, a deficiência deve ser entendida como um impedimento de longo prazo, tanto na parte biológica como também na vida social da pessoa com deficiência.

Outro ponto importante a ser enfatizado é o item especificado no art. 20 § 3º, da LOAS, que cita a respeito da renda familiar per capita, o qual destaca a importância de

comprovar a incapacidade de subsistência própria ou da família, legitimando a renda mensal familiar per capita inferior ou igual a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo.

Em 2018 a câmara dos deputados propôs uma alteração na renda per capita, passando a mesma para  $\frac{1}{2}$  salário mínimo, ampliando assim, com a mudança, o acesso de oportunidade a demais pessoas que necessitam do benefício. Sendo assim, tal proposta modificou o art. 20 §3º da LOAS, porém, em 2019 o Presidente Jair Bolsonaro vetou o mencionado projeto de Lei, por meio do veto 55/2019, pois alegou inconsistência financeira, sendo que tal medida era incompatível com a real situação financeira do País.

No entanto, em março de 2020 o Congresso Nacional derrubou o veto e por fim foi publicada a Lei 13.981/2020, onde a partir de 24 de março de 2020 passaria a vigorar, alterando a renda familiar per capita para  $\frac{1}{2}$  salário mínimo.

Contudo, atualmente tal dispositivo ainda não está em vigor, pois o Tribunal de Contas da União concedeu uma liminar por meio de solicitação do Ministério da Economia autorizando a suspensão do pagamento e ampliação do benefício, tendo em vista que a aprovação da Lei desabona o art. 195, §5º, da Constituição Federal de 1988, o qual cita:

**Art. 195.** A Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

**§ 5º** Nenhum benefício ou serviço da Seguridade Social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, suspendeu parte da lei que aumentou o piso da renda familiar per capita, amparando-se na inconstitucionalidade do dispositivo, tendo em vista a necessidade de destaque da fonte de custeio para possibilitar a alteração, permanecendo assim atualmente a renda familiar per capita  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, ressaltando que por meio da portaria 374 de 05 de maio de 2020 o aumento da renda per capita para  $\frac{1}{2}$  salário mínimo dependerá de regulamentação, sendo prescrito na própria lei, ou seja, este quesito ainda está sujeito a possíveis alterações futuramente.

No processo de solicitação do benefício, outro ponto importante é o cálculo da renda per capita, no estatuto do idoso art. 34, elucida-se que se um idoso da mesma família já recebe o BPC, o mesmo não poderá ser computado como calculo de renda per capita. Porém, caso o idoso recebesse benefício caracterizado como previdenciário, entraria no cálculo da per capita, judicialmente muitas ações foram impetradas para conseguir mudar este quesito, principalmente no que tange benefício previdenciário no valor de um salário mínimo, sendo assim, muitas jurisprudências foram positivadas neste sentido, e após uma longa luta, conseguiu-se alterar na Lei 8.742/1993, por meio da Lei 13.981/2020 o art. 20, inserindo o parágrafo 14, o qual expressa:

art. 20, § 14. O benefício de prestação continuada ou o benefício previdenciário no valor de até 01 (um) salário-mínimo concedido a idoso acima de 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou pessoa com deficiência



não será computado, para fins de concessão do benefício de prestação continuada a outro idoso ou pessoa com deficiência da mesma família, no cálculo da renda a que se refere o § 3º deste artigo.

O impacto de tal aprovação foi extremamente positivo, tendo em vista que irá diminuir muitas ações judiciais referentes a este quesito, proporcionando também maior possibilidade de acesso aos usuários.

Outra discussão significativa em torno do BPC ao longo dos anos foi à possibilidade de mais de um membro da família ter acesso ao benefício, novamente a Lei 13.892/2020 regulamentou tal situação, incluindo em seu art. 20 § 15 a seguinte afirmação:

Lei 8.742/93, art. 20, § 15. O benefício de prestação continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos nesta Lei.

Sendo assim, agora ficou claro que o benefício poderá ser devido a mais de um membro da família, impactando favoravelmente, tendo em vista que na maioria dos casos uma parcela expressiva dos beneficiários muitas vezes só conta com a renda específica do BPC para sustento de si e da família, sendo que computar esta renda, e tendo em vista o direito garantido de outra pessoa com deficiência que compõe a família ou idoso, acaba que sendo injusto, pois inviabiliza o acesso do usuário a um direito que lhe é garantido.

Para fins de informação faz-se importante destacar também quem é considerado membros familiares na contabilização da renda per capita para pleitear o BPC, o art. 20 §1º da LOAS destaca:

**Art. 20. § 1º.** Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011.)

O conceito de família para o benefício de prestação continuada se sujeita especificamente a vínculos de consanguinidade e vínculos jurídicos residindo em um mesmo domicílio.

Através de todas as alterações legislativas aqui destacadas tornou-se possível ampliar o acesso dos usuários ao BPC, sendo fundamental para possibilitar a diminuição da desigualdade social no país, tendo por destaque que através dele faz-se possível a retirada da miserabilidade de milhares de idosos e pessoas com deficiência, bem como intensifica a possibilidade de superação das desvantagens sociais enfrentadas na sociedade.

## 5. CONCLUSÃO

Por meio da pesquisa realizada na construção deste artigo foi possível vislumbrar que o benefício de prestação continuada causa um grande impacto na sociedade no que tange o enfrentamento da miserabilidade e garantia de superação das vulnerabilidades sociais.

A legislação que regulamenta o benefício, mesmo diante de empasses e dificuldades, demonstrou que buscou acompanhar os processos históricos e reais necessidades apresentadas pelas demandas sociais manifestadas por seus requerentes, tendo em vista que na luta pelos direitos dos idosos e pessoas com deficiência, muito ainda pode ser feito, porém, faz-se importante elucidar o quanto à lei evoluiu e o benefício foi sendo melhorado no decorrer dos anos.

A regulamentação por meio de uma política Nacional de Assistência Social, garantindo o acompanhamento socioassistencial enfatiza a real importância de todo o apoio e proteção às vulnerabilidades sociais e riscos acerca da pessoa com deficiência e idosos menos favorecidos, possibilitando um enfrentamento, proporcionando maior visibilidade, com o intuito de inclusão, destacando principalmente maior possibilidade de acesso às políticas públicas.

Nesse sentido, faz-se importante também elucidar a necessidade da quebra de estigmas e paradigmas na luta que permeia a desconstrução do olhar da sociedade acerca do benefício apenas como pecuniário e pontual, buscando consolidar os objetivos da política de Assistência Social para enxergá-lo como direito garantido não contributivo, no entanto, é possível compreender também que muitas adversidades são impostas diariamente pela sociedade capitalista e seus desdobramentos das questões sociais, dificultando o acesso ao direito garantido aos usuários e o trabalho social necessário entorno do alcance de suas reais necessidades e demandas, sendo um enorme desafio.

Vale realçar que o objetivo deste artigo não foi esgotar o tema aqui exaltado, mas sim abarcar conhecimento e reflexão a respeito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOSCHETTI, Ivanete. (2006) **Seguridade Social e trabalho: Paradoxos na construção das políticas de previdência e assistência social no Brasil**. Brasília: Letras Livres, EdUnB.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 17/10/2020.

BRASIL. **Decreto nº 1.744** - de 08 de dezembro de 1995 - DOU DE 11/12/95

BRASIL. **Decreto nº 6.214** de 28 de setembro de 2007.

BRASIL. **Decreto nº 6.564** de 12 de setembro de 2008.

BRASIL. **Estatuto do idoso: lei federal nº 10.741**, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Lei Orgânica da Assistência Social**. Brasília. DF, 2013.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Política Nacional da Assistência Social**. Brasília, DF, 2004

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome/ SUAS. **Norma Operacional Básica NOB/SUAS Anotada e Comentada**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia\\_social/Normativas/NOB-RH\\_SUAS\\_Anotada\\_Comentada.pdf](http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/NOB-RH_SUAS_Anotada_Comentada.pdf)>. Acesso em: 11 de jun. 2019.

CARDOSO, Oscar Valente; SILVA JÚNIOR, Adir José da. **Novidades da Medida Provisória nº 871/2019: benefício de prestação continuada da assistência social**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5776, 25 abr. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72737>. Acesso em: 12 out. 2020.

Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS). Resolução nº 145, de 15 de out. de 2004. **Aprova a Política Nacional de Assistência Social de Assistência Social de 2004 – PNAS/2004**. Brasília 2004.

FREITAS. Maria José de. SOUZA. Maria Valdênia Santos De. MARTINS. Maria de Fátima Antunes. **O Benefício de Prestação Continuada – BPC: Direito Socioassistencial. 20 anos da Lei Orgânica da Assistência Social**. - Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – 1ª ed. – Brasília: MDS, 2013. Disponível em: [http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia\\_social/Livros/20anosLOAS.pdf](http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Livros/20anosLOAS.pdf). Acesso em: 11 de out. 2020.

FREITAS. Raquel Sabará De. MACIEL. Carlos Alberto Batista. **SOBRE O BPC: evolução, limites e desafios**. São Luís – MA, 25 a 28 de agosto 2009. Disponível em: [http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/OLD/eixos\\_OLD/12.%20Impasses%20e%20Desafios%20das%20Políticas%20de%20Seguridades%20Social/SOBRE%20O%20BPC%20evolu%20C3%A7%C3%A3o,%20limites%20e%20desafios.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/OLD/eixos_OLD/12.%20Impasses%20e%20Desafios%20das%20Políticas%20de%20Seguridades%20Social/SOBRE%20O%20BPC%20evolu%20C3%A7%C3%A3o,%20limites%20e%20desafios.pdf). Acesso em: 14 de out. de 2020.

**<https://doi.org/10.1590/0101-6628.176>**. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Ministério de Desenvolvimento Social de Combate à Fome e à Pobreza (MDS). **Benefício Assistencial de Prestação Continuada – BPC: Revisão da Concessão do BPC 5a Etapa – Benefícios Concedidos no Período de 01.12.2001 a 30.07.2003**. Brasília: Departamento de Benefícios Assistenciais. Brasília. Mai. 2005.

Ministério de Desenvolvimento Social de Combate à Fome e à Pobreza (MDS). **Boletim-BPC 2015 Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social**. Brasília. 2016. Disponível em: [https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia\\_social/boletim\\_BPC\\_2015.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/boletim_BPC_2015.pdf). Acesso em: 20 de out. de 2020.

STOPA. Roberta. O direito constitucional ao Benefício de Prestação Continuada (BPC): o penoso caminho para o acesso. **The Constitutional Right to the Continued Payment Benefit (BPC): the arduous path to its access**. Serv. Soc. Soc. no.135 São Paulo May/Aug. 2019 Epub May 20, 2019. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-66282019000200231](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282019000200231)



Acesso em: 08 de out. 2020.

**STRAZZI, Alessandra.** Novas Regras do BPC: o que você precisa saber em 2020. **Site Desmistificando o Direito.** Maio 6, 2020. Disponível em: <https://www.desmistificando.com.br/novas-regras-bpc/>. Acesso em: 18 de out. 2020.

## A RELAÇÃO ENTRE A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL (VERFASSUNGSWANDLUNGEN) DO ART. 150, VI, “D” E A APROVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 57 REFERENTE À IMUNIDADE TRIBUTÁRIA.

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO:  
Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Damásio Educacional e Ibmecc, Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Prominas, Especialista em Ciência Política pela UNIBF. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Professora de Direito Constitucional e Hermenêutica da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco – AEVSF, Advogada.

**RESUMO:** Este artigo tem como principal objetivo entender o fenômeno da mutação constitucional que ocorreu no art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal, referente ao conceito de “livro”, acarretando na elaboração da súmula vinculante nº 57, do Supremo Tribunal Federal. O trabalho foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas, principalmente em artigos científicos e livros na área de Direito Constitucional e Direito Tributário. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cujo método empregado é o dedutivo. É dedutivo porque é um processo de análise da informação que utiliza livros para obter uma conclusão a respeito do problema.

**Palavras-Chave:** Imunidade Tributária. Livros Eletrônicos.

**ABSTRACT:** This article has as main objective to understand the phenomenon of constitutional mutation that occurred in art. 150, VI, “d”, of the Federal Constitution, referring to the concept of “book”, resulting in the elaboration of the binding summary nº 57, of the Supreme Federal Court. The work was carried out through bibliographic research, mainly in scientific articles and books in the area of Constitutional Law and Tax Law. It is a descriptive research, the deductive method used. It is deductive because it is an information analysis process that uses books to reach a conclusion about the problem.

**Keywords:** Tax Immunity. Electronic Books.

### INTRODUÇÃO

O propósito da presente pesquisa é estudar a mutação constitucional que ocorreu no art. 150, VI, “d” da Constituição Federal, acarretando a elaboração da súmula vinculante nº 57, do Supremo Tribunal Federal.

O art. 150, VI, “d”, da CF/88 dispõe que os livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão detêm imunidade tributária em relação aos impostos. Ocorre que, no passado, não havia livros eletrônicos, inexistindo, portanto, qualquer controvérsia ou questionamento sobre o objeto de aplicação desta imunidade tributária. Entretanto, com a evolução tecnológica, surgiram, inicialmente, livros que poderiam ser lidos em computadores, por meio de programas de edição e formatação de textos; e, posteriormente, por meio de plataformas eletrônicas e digitais móveis, como “e-readers” (leitores de PDF e

de E-book). Assim, os livros digitais (e-books) ganharam amplamente o mercado de leitores, desenvolvendo-se várias plataformas eletrônicas de leitura como *smartphones*, *tablets*, *kindles* etc.

Por muito tempo, devido a lacuna legislativa, indagou-se se esta imunidade tributária se estenderia a estes suportes eletrônicos de leitura de livros. A doutrina e a jurisprudência, então, se debateram para responder e fornecer uma resposta a este problema. Assim, foram proferidas importantes decisões no RE 330.817 RJ e no RE 595.676/RJ sobre a questão.

Desse modo, após vários precedentes, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 57, que diz que “*a imunidade tributária constante do artigo 150, VI, d, da CF/88 aplica-se à importação e comercialização, no mercado interno, do livro eletrônico (e-book) e dos suportes exclusivamente utilizados para fixá-los, como leitores de livros eletrônicos (e-readers), ainda que possuam funcionalidades acessórias*”. Todavia alguns suportes de leitura, como os *smatphones e tablets* possuem outras funcionalidades, que vão além da leitura de livros, gerando controvérsia a respeito da aplicação da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “d” da Constituição Federal. Assim, o presente trabalho tem como problema a ser respondido se esta imunidade se estende a estes outros suportes eletrônicos.

## O FENÔMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL (*VERFASSUNGSWANDLUNGEN*)

Interpretar é extrair o significado de algo, através de indução, determinando e entendendo o significado preciso daquilo que está sendo interpretado. Tem como finalidade a obtenção da inteligência de algo já arquitetado por outra pessoa, cujas abstrações e exteriorizações serão fundamentadas pela formação cultural e intelectual do intérprete, tendo deferência pelos limites impostos do enunciador daquilo que será interpretado. A interpretação jurídica, contudo, vai além disso: ela visa a uma interpretação completa sobre a norma, determinando seu sentido, o correto entendimento do seu significado, sua intenção e seu alcance (Betiolli, 2011, p. 376). A interpretação do Direito objetiva a criação de normas úteis que consigam resolver questões trazidas ao Direito. Segundo Maximiliano (2017, p. 14):

As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*.

É certo que, no Direito Constitucional, o Poder Constituinte Originário é responsável por elaborar uma Constituição, ao passo que o Poder Reformador se ocupa das reformas que aprimoram, ou deturpam as obras originais. No Brasil, a alteração do texto demanda uma série de solenidades, sobretudo o quórum de 3/5 (60%) para que aprovada uma modificação

da redação da Carta Magna. Esse foi o comando endereçado pelo Constituinte ao intérprete da Constituição (FONTELES, 2020, p. 36).

No entanto, parte da comunidade jurídica passou a sustentar que uma Constituição poderia sofrer alterações informais, por meio do que convencionaram balizar de Poder Constituinte Difuso, fonte das chamadas Mutações Constitucionais (*Verfassungswandlungen*). A informalidade reside no fato de que o texto constitucional é inteiramente conservado, mas o significado que dele se extrai passa a ser outro. Nota-se que o texto é o mesmo, mas a norma não, pois foi alterada pelo intérprete (FONTELES, 2020, p. 36). O fundamento desse fenômeno é explicado por Sarmiento e Souza Neto (2012, p. 304), quando afirmam que a norma constitucional não se confunde com o seu texto, abrangendo também o fragmento da realidade sobre a qual esse incide.

Uma das questões mais importantes do debate constitucional é estabelecer em qual proporção se afigura legítimo que uma Constituição guie os caminhos e decisões das futuras gerações. As constituições, em geral, aspiram vigorar por muito tempo e disciplinar a coexistência política de sucessivas gerações ao longo da trajetória da nação. Dessa maneira, surge um problema pontual: por que e até que ponto, pode uma geração adotar decisões vinculativas para as outras que a sucederão? Não seria isso um governo dos mortos sobre os vivos? (SARMENTO e SOUZA NETO, 2012, p. 18) Ora, a Constituição deve ser encarada como um organismo vivo, que muda conforme sucedem-se as gerações. Entretanto, essa mudança constitucional nem sempre poderá ser formal, por meio de Emenda Constitucional, dada a dificuldade e morosidade envolvida nesse processo legislativo. Desta forma, a mutação constitucional é instituto que busca amenizar tal dificuldade de se alterar o texto constitucional contraposta à realidade fática.

Mutação Constitucional (*Verfassungswandlungen*) é simplesmente o poder constituinte difuso. É um poder de fato e não de direito, ou seja, não é um poder regulamentado pelo direito, existindo antes da edição da própria Constituição. Trata-se do poder de alterar o sentido, a interpretação da Constituição sem alteração do seu texto (MARTINS, 2020, p.352). Para Sarmiento e Souza Neto (2012, p. 304), esse fenômeno ocorre porque a realidade está sempre mudando, o que gera dissociação entre o que está positivado na Constituição e o meio social:

A mutação constitucional consiste em processo informal de mudança da Constituição, que ocorre quando surgem modificações significativas nos valores sociais ou no quadro empírico subjacente ao texto constitucional, que provocam a necessidade de adoção de uma nova leitura da Constituição ou de algum dos seus dispositivos. A possibilidade da mutação constitucional resulta da dissociação entre norma e texto. Se a norma constitucional não se confunde com o seu texto, abrangendo também o fragmento da realidade sobre a qual esse incide, é evidente que nem toda mudança na Constituição supõe alteração textual. Mudanças significativas na sociedade — seja no quadro fático, seja no universo dos valores compartilhados pelos cidadãos —, podem também provocar câmbios constitucionais, sem que haja qualquer mudança formal no texto magno.

Passemos a definir o instituto: consideram-se transições ou mutações constitucionais (*Verfassungswandlungen*) a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição, mas sem a alteração do texto constitucional (CANOTILHO, 2011, p. 1228). Com efeito, a mutação constitucional ocorre por meio de processos informais de modificação do significado da Constituição, mas sem alteração de seu texto. Altera-se o sentido da norma constitucional sem modificar as palavras que a expressam e essa mudança pode ocorrer, sobretudo, pela via interpretativa. (NOVELINO, 2012, p. 150). O Jurista Barroso (2020, p. 145), ao observar o fenômeno aqui abordado, ressalta que as normas constitucionais são plásticas, ou seja, buscam sempre adaptação à realidade social:

A mutação constitucional se realiza por via da interpretação feita por órgãos estatais ou por meio dos costumes e práticas políticas socialmente aceitas. Sua legitimidade deve ser buscada no ponto de equilíbrio entre dois conceitos essenciais à teoria constitucional, mas que guardam tensão entre si: a rigidez da Constituição e a plasticidade de suas normas. A rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e dificultosos de reforma.

Seguindo esse raciocínio, Masson (2019, p. 162) estabelece que a mutação Constitucional é um mecanismo informal de mudança da Constituição, que não origina quaisquer alterações no seu texto, que permanece íntegro. As modificações perpetradas por este procedimento são de ordem interpretativa: o texto segue intacto, mas o que se extrai dele é algo novo, que sofreu os impactos renovadores da releitura. O texto é absolutamente o mesmo, mas o sentido que ele possui se altera.

Desta forma, Masson (2019, p. 163) obtempera que essas alterações são realizadas pelo Poder Constituinte Difuso, um poder derivado, mas não escrito, que opera um verdadeiro renascimento de alguns dispositivos constitucionais, ao permitirem que estes sejam relidos, que seja dado um novo significado à norma (que paira subjacente ao texto). O poder é intitulado “difuso” porque nunca se sabe, de modo preciso “quando” e “como” se iniciou o processo de reestruturação e implementação das informais transformações hermenêuticas que vão rejuvenescer a Constituição, adaptando-a às mudanças sociais que o dinamismo da vida fática ocasionou. Sobre o poder constituinte difuso, pondera Barroso (2020, p. 146-147):

A conclusão a que se chega é a de que além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional existe uma terceira modalidade de poder constituinte: o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais. Essa terceira via já foi denominada por célebre publicista francês *poder constituinte difuso*, cuja titularidade remanesce no povo, mas que acaba sendo exercido por via representativa pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as



demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais.

De forma semelhante, Silva (2010, p. 61-32) ressalta que a mutação consiste num processo não formal de mudanças das Constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do estado. O guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, que é o seu principal intérprete, pode vir a fazer uma análise hermenêutica do seu texto, alterando o seu sentido (MARTINS, 2020, p.354). A mudança de significado atende a mudanças sociais e culturais, impedindo que a constituição fique engessada e obsoleta.

Assim, a mutação constitucional é tanto um problema de interpretação, quanto da relação de tensão entre o direito e a realidade constitucional, sendo o fator temporal o principal responsável pela ocorrência desse fenômeno (NOVELINO, 2012, p. 151). Segundo Mendes e Branco (2016, p. 123):

O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda, por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança na norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.

Para Barroso (2020, p. 145), as Constituições, apesar de terem pretensão de permanência, não podem ser imutáveis, engessadas, de modo a permitir o governo dos “mortos sobre os vivos”, pois “*O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma relação intensa e recíproca, em fricção que produz calor, mas nem sempre luz, o Direito influencia a realidade e sofre a influência desta*”. Vejamos o que propõe Barroso (2020, p. 142):

As Constituições têm vocação de permanência. Idealmente, nelas têm abrigo as matérias que, por sua relevância e transcendência, devem ser preservadas da política ordinária. A constitucionalização retira determinadas decisões fundamentais do âmbito de disposição das maiorias eventuais. Nada obstante isso, as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios. Os mortos não podem governar os vivos. Porque assim é, todas as Cartas Políticas preveem mecanismos institucionais para sua própria alteração e adaptação a novas realidades. Isso não quer dizer que essa seja a única hipótese de mudança do conteúdo das normas constitucionais.

Ainda segundo Barroso (2020, p. 142), existem meios formais e informais de se alterar uma Constituição, a saber:

Com efeito, a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da *reforma constitucional*, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a *rigidez constitucional*. Já a alteração por via informal se dá pela denominada *mutação constitucional*, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à *plasticidade* de que são dotadas inúmeras normas constitucionais.

À vista dos elementos expostos até aqui, é possível dizer que a mutação constitucional consiste em alterar o significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, sem que tenha havido qualquer modificação do texto constitucional (BARROSO, 2020, p. 144). Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de: mudança na realidade fática; nova percepção do Direito ou de uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ser democrática, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular (BARROSO, 2020, p. 144).

Com efeito, é certo que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, libertam-se da vontade subjetiva que as criou, passado a ter uma existência objetiva, o que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. A realidade se transforma constantemente e o direito deve acompanhar as mudanças sociais, adaptando-se aos novos tempos e valores. Todavia, as mutações que contrariem a Constituição não devem ser admitidas, gerando mutações inconstitucionais. Nesse sentido, Barroso (2020, p. 146) destaca:

Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário.

Dessa maneira, a nova interpretação, fruto da mutação constitucional, há de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturais da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação constitucional e não mutação (MENDES, 2016, p. 132). Para Flávio Martins (2020, p. 358), a mutação constitucional deve ser limitada, como por exemplo: a mutação constitucional deve permanecer entre os sentidos possíveis do texto, deve decorrer de genuína mudança da

sociedade e não deve avançar no campo de reforma constitucional (deve ter como objetivo uma norma de conteúdo abstrato ou uma norma com conteúdo múltiplo que permita sua ressignificação).

## **A APROVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 57 REFERENTE À IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 150, VI, “D”**

As imunidades tributárias são limitações constitucionais ao poder de tributar consistentes na delimitação da competência constitucionalmente conferida aos entes públicos. Dessa forma, no seu art. 150, VI, d, a Constituição Federal proibiu os entes da federação de instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão (ALEXANDRE, 2019, 240).

Para Leandro Paulsen (2017, p. 109), as regras constitucionais que proíbem a tributação de determinadas pessoas, operações, objetos ou de outras demonstrações de riqueza, negando, portanto, competência tributária são denominadas de imunidades tributárias. Ainda, segundo Paulsen (2017, p. 109):

O texto constitucional não refere expressamente o termo “imunidade”. Utiliza-se de outras expressões: veda a instituição de tributo, determina a gratuidade de determinados serviços que ensejariam a cobrança de taxa, fala de isenção, de não incidência, etc.

Nesse sentido, imunidade tributária é simplesmente uma dispensa que a Constituição concede ao pagamento de tributo. Consiste na opção feita pelo constituinte originário de que algumas pessoas, atividades, bens ou rendas não poderão ter a incidência de tributos. A imunidade é, sobretudo, uma limitação ao poder de tributar, estando disposta na Constituição Federal.

O sentido dessas normas é a proteção de valores sociais e culturais (CAVALCANTE, 2020). Como o intuito da norma que prevê a imunidade é baratear o acesso à cultura, facilita-se a livre manifestação do pensamento, a liberdade de atividade intelectual, artística, científica e da comunicação e o acesso à informação, que são direitos constitucionalmente previstos, ou seja, cláusulas pétreas (ALEXANDRE, 2019, 240).

Com efeito, a imunidade “cultural” ou “de imprensa”, assim apelidada pela doutrina (CAVALCANTE, 2020), consta no art. 150, VI, “d”, da CF/88, que dispõe que os “*livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão*” não podem sofrer a tributação de impostos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI – instituir impostos sobre:

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

O art. 150, IV da Constituição Federal previu imunidades, dentre as quais a denominada “imunidade cultural” é a única puramente objetiva, porque a imunidade em si recai sobre o objeto livro. Todavia, a sociedade evoluiu tecnologicamente, de modo que surgiram os livros eletrônicos ou *e-books*, o que gerou uma mudança no conceito de livro. O livro feito de papel evoluiu para versões digitais, tornando a norma em questão obsoleta. Assim, houve a necessidade de reinterpretação da norma pelos aplicadores do direito.

Foi o que ocorreu no ano de 2017, com a jurisprudência se adequando ao novo conceito de “livro”. No julgamento do RE 330.817 RJ e do RE 595.676/RJ, ambos submetidos à repercussão geral, o STF asseverou que a interpretação das imunidades deve se projetar no futuro e levar em conta os novos fenômenos sociais, culturais e tecnológicos, reconhecendo que o papel não é essencial ao conceito de livro, enquanto produto final destinatário da regra imunizante. Consignou-se que o suporte da publicação, seja ele tangível ou intangível, apenas dá abrigo ao conteúdo da obra, devendo ser considerado elemento meramente acidental do livro, e não essencial ao ponto de condicionar-lhe o gozo da imunidade. Convém, dessa forma, citar a ementa do RE 330.817 RJ, vejamos:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Imunidade objetiva constante do art. 150, VI, d, da CF/88. Teleologia multifacetada. Aplicabilidade. Livro eletrônico ou digital. Suportes. Interpretação evolutiva. Avanços tecnológicos, sociais e culturais. Projeção. Aparelhos leitores de livros eletrônicos (ou e-readers). 1. A teleologia da imunidade contida no art. 150, VI, d, da Constituição, aponta para a proteção de valores, princípios e ideias de elevada importância, tais como a liberdade de expressão, voltada à democratização e à difusão da cultura; a formação cultural do povo indene de manipulações; a neutralidade, de modo a não fazer distinção entre grupos economicamente fortes e fracos, entre grupos políticos etc; a liberdade de informar e de ser informado; o barateamento do custo de produção dos livros, jornais e periódicos, de modo a facilitar e estimular a divulgação de ideias, conhecimentos e informações etc. Ao se invocar a interpretação finalística, se o livro não constituir veículo de ideias, de transmissão de pensamentos, ainda que formalmente possa ser considerado como tal, será descabida a aplicação da imunidade. 2. A imunidade dos livros, jornais e periódicos e do papel destinado a sua impressão não deve ser interpretada em seus extremos, sob pena de se subtrair da salvaguarda toda a racionalidade que inspira seu alcance prático, ou de transformar a imunidade em subjetiva, na medida em que acabaria por desonerar de todo a pessoa do contribuinte, numa imunidade a que a Constituição atribui desenganada feição objetiva. A delimitação negativa da competência tributária apenas abrange os impostos incidentes sobre materialidades próprias das operações com livros, jornais, periódicos e com o papel destinado a sua impressão. 3. A interpretação das imunidades tributárias deve se projetar no futuro e levar em conta os novos fenômenos sociais, culturais e tecnológicos. Com isso, evita-se o esvaziamento das normas imunizantes por mero lapso temporal, além de se propiciar a constante atualização do

alcance de seus preceitos. 4. O art. 150, VI, d, da Constituição não se refere apenas ao método gutenberguiano de produção de livros, jornais e periódicos. O vocábulo “papel” não é, do mesmo modo, essencial ao conceito desses bens finais. O suporte das publicações é apenas o continente (corpus mechanicum) que abrange o conteúdo (corpus misticum) das obras. O corpo mecânico não é o essencial ou o condicionante para o gozo da imunidade, pois a variedade de tipos de suporte (tangível ou intangível) que um livro pode ter aponta para a direção de que ele só pode ser considerado como elemento acidental no conceito de livro. A imunidade de que trata o art. 150, VI, d, da Constituição, portanto, alcança o livro digital (e-book). 5. É dispensável para o enquadramento do livro na imunidade em questão que seu destinatário (consumidor) tenha necessariamente que passar sua visão pelo texto e decifrar os signos da escrita. Quero dizer que a imunidade alcança o denominado “audio book”, ou audiolivro (livros gravados em áudio, seja no suporte CD-Rom, seja em qualquer outro). 6. A teleologia da regra de imunidade igualmente alcança os aparelhos leitores de livros eletrônicos (ou e-readers) confeccionados exclusivamente para esse fim, ainda que, eventualmente, estejam equipados com funcionalidades acessórias ou rudimentares que auxiliam a leitura digital, tais como dicionário de sinônimos, marcadores, escolha do tipo e do tamanho da fonte etc. Esse entendimento não é aplicável aos aparelhos multifuncionais, como tablets, smartphone e laptops, os quais vão muito além de meros equipamentos utilizados para a leitura de livros digitais. 7. O CD-Rom é apenas um corpo mecânico ou suporte. Aquilo que está nele fixado (seu conteúdo textual) é o livro. Tanto o suporte (o CDRom) quanto o livro (conteúdo) estão abarcados pela imunidade da alínea d do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(STF – RG RE 330.817 RJ – RIO DE JANEIRO, Relator: Min DIAS TOFFOLI, data de julgamento: 20/09/2012, data de publicação: DJe-192 01/10/2012).

A norma constitucional disciplinadora da imunidade cultural detém eficácia plena e aplicabilidade imediata, dispensando qualquer lei para mediar a regulamentação. Justamente por isso é incondicionada, sendo livro, jornal, periódico ou o papel destinado à sua impressão é o suficiente para adquirir a imunidade (CAVALCANTE, 2020). O jurista CAVALCANTE (2020) aduz, ao comentar o RE 330817/RJ:

O Min. Dias Toffoli, em seu voto no RE 330817/RJ, aponta as razões históricas que motivaram a previsão desta imunidade. No período histórico conhecido como Estado Novo (1937 a 1945), o Governo cobrava elevado imposto dos jornais que divulgavam ideias contrárias ao regime quando estes importavam papeis. Por outro lado, concediam benefícios fiscais aos jornais partidários do Governo. Era uma forma de censura indireta. A Constituição Federal de 1946, com

o intuito de acabar com este controle estatal da imprensa, conferiu imunidade tributária ao “papel” e, além disso, com o objetivo de estimular a produção editorial, também estendeu esta imunidade para os livros. A Constituição Federal de 1967 manteve a imunidade, prevendo que era vedado criar imposto sobre “o livro, os jornais e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão” (art. 20, III, d). A Constituição Federal de 1969 (para alguns, apenas uma Emenda Constitucional à CF/67) manteve a imunidade, com pequena alteração em seu texto.

A respeito da classificação das imunidades, Paulsen (2017, p. 111) especifica:

Podem-se classificar as imunidades em objetivas e subjetivas. A imunidade objetiva é aquela em que se exclui da tributação determinado bem, riqueza ou operação considerado de modo objetivo, sem atenção ao seu titular. É o caso da imunidade dos livros, jornais e periódicos, que só alcança as operações com esses instrumentos de manifestação do pensamento e das ideias, não se estendendo aos autores, às editoras e às livrarias. Subjetiva, de outro lado, é a imunidade outorgada em função da pessoa do contribuinte, como a imunidade de templos (instituições religiosas) e dos partidos políticos.

Dessa maneira, as alíneas “a”, “b” e “c” do inciso VI do art. 150 da CF/88 abrangem a imunidade subjetiva. Quanto à imunidade contida na alínea “d”, a chamada imunidade cultural é classificada como objetiva/real. Justamente porque recai sobre objetos, que são bens (periódicos, livros, jornais e o papel) e não se refere a impostos pessoais (CAVALCANTE, 2020). Podemos exemplificar essa imunidade objetiva da seguinte forma: quando o livro deixa a gráfica, não pagará IPI; quando o livro é vendido pela livraria, não pagará ICMS; quando o livro é importado, não pagará Imposto de Importação (CAVALCANTE, 2020).

Mister se faz ressaltar que com a evolução da sociedade e, conseqüentemente, das tecnologias, os *livros digitais*, conhecidos como *e-books*, estão abrangidos pela imunidade objetiva. O suporte das publicações, como o *kindle*, é apenas o continente ou *corpus mechanicum* que contém o livro (o conteúdo ou *corpus misticum*) e, portanto, não detém nenhuma outra funcionalidade principal que não seja a leitura dos livros eletrônicos (CAVALCANTE, 2020). Nesse mesmo sentido, pondera Paulsen (2020, p.169-170):

A referência ao papel teve por finalidade ampliar o âmbito da imunidade, de modo que envolva o que é normalmente o seu maior insumo. Não há que se entender tal referência como excludente dos livros, jornais e periódicos em meio magnético ou eletrônico. Impõe-se que se considerem os direitos fundamentais que a Constituição visa a proteger com a norma em questão. O STF, nessa linha, decidiu que o suporte das publicações é apenas o continente e que não é essencial ao conceito de livro, mas acidental, podendo ser tangível ou intangível, de modo que a imunidade alcança, também, os *ebooks*. No

mesmo acórdão, firmou posição no sentido de que a imunidade alcança, igualmente, os *audiobooks*

Seguindo o entendimento jurisprudencial emanado no RE 330.817 RJ e no RE 595.676/RJ, na data de 15/04/2020 o Plenário do STF aprovou a redação da súmula vinculante nº 57, nos termos do voto do relator, ministro Dias Toffoli, presidente do STF, no Recurso Extraordinário 330.817, Rio de Janeiro:

A imunidade tributária constante do artigo 150, VI, d, da CF/88 aplica-se à importação e comercialização, no mercado interno, do livro eletrônico (e-book) e dos suportes exclusivamente utilizados para fixá-los, como leitores de livros eletrônicos (e-readers), ainda que possuam funcionalidades acessórias.

De acordo com a Súmula Vinculante nº 57, a imunidade tributária abrange o livro eletrônico/ e-books e os “*suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo*”. Assim, questiona-se se os *smartphones* ou *tablets* possuiriam esta imunidade. Como se sabe, *smartphones* ou *tablets* não são considerados suportes usados unicamente para fixar livros eletrônicos, pois que estes aparelhos eletrônicos detêm outras funções e a leitura de livros digitais neles é apenas uma opção, dentre várias outras. Portanto, os *tablets* e os *smatphones* não estão inseridos na imunidade tributária disciplinada no art. 150, VI, “d”, da CF/88. (CAVALCANTE, 2020). Para arrematar, considera Paulsen (2020, p. 170):

Considerando o avanço da tecnologia e os novos suportes para leitura de livros, o STF firmou orientação no sentido de que a imunidade “alcança os aparelhos leitores de livros eletrônicos (ou *e-readers*) confeccionados exclusivamente para esse fim, ainda que, eventualmente, estejam equipados com funcionalidades acessórias”, mas que esse entendimento “não é aplicável aos aparelhos multifuncionais, como *tablets*, *smartphone* e *laptops*, os quais vão muito além de meros equipamentos utilizados para a leitura de livros digitais”

O Tribunal Constitucional, no julgamento do RE 595.676/RJ, também considerou que a imunidade alcança os componentes eletrônicos exclusivamente destinados a integrar unidade didática com fascículos. Trata-se dos fascículos que são compostos por um material teórico impresso e por peças com finalidade demonstrativa e prática, que integram cursos para montagem de computadores, por exemplo. Seguindo o entendimento adotado pelo STF, o essencial é o curso e as peças nada representam sem o curso teórico. As peças integram o fascículo, estando o conjunto abarcado pela imunidade tributária:

TRIBUTÁRIO – CONSTITUCIONAL – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – LIBERAÇÃO DE MERCADORIA IMPORTADA – ART. 150, VI, "D" DA CF/88. I - A imunidade conferida pelo art. 150, IV, "d" da Constituição Federal visa proteger a liberdade de expressão e de idéias que são fundamentais para o desenvolvimento cultural de uma sociedade, garantindo uma circulação maior e conseqüente barateamento desse material, objeto da mencionada

imunidade. II - Em que pese o reconhecimento à interpretação restritiva que tem sido dada pela Suprema Corte à imunidade prevista no dispositivo constitucional acima mencionado, a hipótese dos autos diz respeito à importação de fascículos compostos pela parte impressa e pelo material demonstrativo que o acompanha, tratando-se de um conjunto em que estão integrados os fascículos que ensinam como montar um sistema de testes e as peças que constituem o demonstrativo prático para montagem desse sistema. O essencial é o curso e as peças nada representam sem o curso teórico, ou seja, as ditas "pecinhas" nada mais são do que partes integrantes dos fascículos, estando, portanto, esse conjunto abarcado pela referida imunidade tributária. III - Apelação provida. (STF – RG 595.676/RJ – RIO DE JANEIRO, Relator: Min MARCO AURÉLIO, data de julgamento: 08/03/2017).

Considera Paulsen (2020, p. 168), que a Constituição Federal ao instituir a benesse de conceder imunidade tributária aos livros, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. Assim, alcança também apostilas, fascículos e lista telefônica. Até mesmo álbuns de figurinhas restam abrangidos

Assim, torna-se claro que houve mutação constitucional no que se refere ao art. 150, VI, “d”, da CF/88, pois atualmente há o mercado de livros eletrônicos. Houve mutação constitucional por meio de interpretação para abranger “livros eletrônicos” no conceito de “livros”. O fato de os livros eletrônicos assentirem uma maior capacidade de interação por meio da máquina, em comparação com os livros impressos em papel, não é motivo para negar-lhes imunidade tributária. Entretanto, aparelhos cuja principal função não seja a de fornecer a leitura de livros digital não serão abrangidos pela imunidade tributária da norma supramencionada.

## CONCLUSÃO

Assim, conclui-se que houve mutação constitucional no que se relaciona ao art. 150, VI, “d”, da CF/88, no tocante ao conceito de “livros”, para abranger os livros eletrônicos, havendo esta mutação por meio de interpretação. O fato de os livros utilizarem uma máquina para suporte, comparando-os com os livros impressos em papel, não é razão para negar imunidade tributária. Ao contrário, isso demonstra a evolução social e tecnológica característica da nossa sociedade.

Entretanto, há outros suportes que também possuem a funcionalidade de leitura de livros digitais que não serão abarcados pela imunidade, como tablets e smartphones, pois que não possuem a função principal de propiciar e ser suporte de livros eletrônicos, ao contrário, têm esta funcionalidade como acessória e secundária.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. 13ª Edição. Salvador: Juspodvm, 2019.



BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito*, 11ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. 9ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Súmula vinculante 57-STF*. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/88340338e0a0cdc54350c05cf056dca8>>. Acesso em: 17/04/2020.

FONTELES, Samuel Sales. *Hermenêutica Constitucional*. 3ª ed. Salvador, Juspodvm, 2020.

MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2020.

MASSON, Masson. *Manual de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Juspodvm, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Método. 2012.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. Atual. São Paulo. Malheiros, 2010.

## **DIREITOS HUMANOS SOB O PRISMA DE IMMANUEL KANT EM RELAÇÃO COM A PROBLEMÁTICA DOS MORADORES DE RUA: DOS ALBERGUES À OPORTUNIDADE DE EMPREGO**

**THAÍZA LOPES EVANGELISTA:**  
Graduanda de terceiro período do curso  
de Direito pela Universidade Federal do  
Amazonas

**Resumo:** Este presente trabalho acadêmico vem elucidar sobre a situação dos moradores de rua no Brasil partindo-se de um contexto histórico de como esses surgiram e se fixaram em condição de pobreza resultando a cada ano num aumento cada vez mais significativo dos índices de indivíduos se instalando nas ruas. Não obstante, traz também a óptica dos Direitos Humanos em Immanuel Kant e como esses parecem estar vislumbrados sobre a vida daqueles que sua residência é a rua. Adstrito, o trabalho também aborda o sistema jurídico brasileiro em concomitância à Carta dos Direitos Humanos, vindo a mostrar formas de alterar a realidade dessas referidas pessoas a partir do respaldo da lei. Outrossim, declara em corolário o porquê dos albergues não terem plena eficácia na vida desses humanos e escrutina meios de inserir tais sujeitos à economia da República Federativa do Brasil.

**Palavras-chave:** Moradores de rua. Pobreza. Direitos Humanos. Immanuel Kant. Albergues. Oportunidade de emprego.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Proêmio da existência dos moradores de rua; 2.1. Conceito de pobre e pobreza; 2.2. Pobreza nos tempos antigos: herança da antiguidade tardia; 2.3. O dever da esmola; 2.4. Os séculos VII-XI; 2.5. Uma presença permanente; 2.6. Contrastes e escândalos; 2.7. A urgência da caridade; 2.8. Florescimento das instituições de assistência; 2.9. Realidades e decepções. 3. Immanuel Kant e sua influência para os Direitos Humanos. 4. Os Direitos Humanos e os indigentes das ruas. 5. Os albergues e sua ineficiência. 6. Inserção dos moradores de rua no mercado de trabalho. 7. Conclusão. 8. Referências.

### **1. Introdução**

É incontrovertível que o ser humano é um fim em si mesmo. Possessor de direitos, detentor do princípio mais exímio, o princípio da dignidade humana, ser que tem personalidade jurídica a partir do nascimento e até mesmo o reconhecimento de sua plena capacidade à vida civil perante o ordenamento jurídico brasileiro. Em contrapartida as mais jubilantes garantias humanitárias, estão aqueles que possuem sua vida fixada nas ruas das cidades, os moradores de rua.

Sob essa lente que é necessário entender as causas históricas e materiais que fizeram instituir as pessoas de direito em pessoas ao relento. Analisar sob a égide dos Direitos Humanos e da Constituição Federal Brasileira seus direitos e como esses parecem ser, simplesmente, vedados àqueles que se encaminham para as ruas. Ademais, não basta apenas mostrar, mas buscar medidas para extinguir tal condição desumana e degradante contínua.

### **2. Proêmio da existência dos moradores de rua**

#### **2.1 Conceito de pobre e pobreza**

Para iniciar o presente estudo é preciso entender a diferença dos conceitos de “pobre” e “pobreza”. Michel Mollat opta por uma abordagem do pobre e da pobreza a partir da submissão de um conjunto de infortúnios.

O pobre é aquele que, de modo permanente ou temporário, encontra-se em situação de debilidade, dependência e humilhação, caracterizada pela privação dos meios variáveis segundo as épocas e sociedades, que garantem força e consideração social: dinheiro, relações, influência, poder, ciências, qualificação técnica, honorabilidade de nascimento, vigor físico, capacidade intelectual, liberdades e dignidades pessoais. Vivendo no dia-a-dia, não tem qualquer possibilidade de revelar-se sem a ajuda de outrem. (MOLLAT, 1989, p.5)

Ou seja, o pobre é determinado pelo meio, coagido pelas situações reversas do percurso da vida, logo, insere-se na pobreza, característica de um ambiente desprovido de recursos básicos, como a simples dignidade. E como bem declarou Mollat, não tem mais o ser pobre a possibilidade de viver sem a dependência de outro ser humano.

Adstrito a esse pensamento, encaixa-se o dito de Karl Marx inserido na obra “Miséria da Filosofia”.

Veio um tempo, enfim, em que tudo aquilo que os homens consideravam inalienável se tornou objeto de troca, de tráfico, e podia alienar-se. Foi o tempo em que as coisas que até então eram transmitidas, mas jamais trocadas, dadas, mas jamais vendidas, adquiridas, mas jamais compradas – virtude, amor, opinião, ciência, consciência etc. -, o tempo em que tudo passava pelo comércio. Esse tempo foi o da corrupção geral, da venalidade universal ou, para falar em termos de economia política, o tempo em que todas as coisas, morais ou físicas, tornando-se valores venais, são levadas ao mercado para que sejam apreciadas em seu mais justo valor. (MARX, 1847, p.47)

Torna-se perceptível que quanto mais o tempo evolui mais parece que o ser humano aliena o próprio ser humano. Clarifica-se como todo o amor da humanidade para a humanidade transformou-se venal. Como toda virtude parece estar apenas no texto escrito do “dever-ser” das leis mas não no “ser” da vida social. Como a opinião dos homens em relação aos outros homens já não leva em consideração esses como um fim em si mesmos, mas objetificado e passível de descarte. Como a ciência humana mutabilizou-se em mera descrição dos fenômenos sociais, longe da via de mudança que proporam os sociólogos. Como a consciência e a empatia viraram venalidade universal, meio da mídia para reger a conduta social, afim de transparecer o correto com um fim econômico incumbido nas intenções das grandes redes dominantes da modernidade. O homem usa o homem apenas como um meio de conquista cada vez maior da venalidade.

## **2.2 Pobreza nos tempos antigos: herança da antiguidade tardia**

Precipuamente, é preciso entender que o estado de pessoa desprovida de condições mínimas a ser detentora de uma residência, ou de apenas um lugar para repousar longe do relento, começou a ser imposto a determinada classe desde muito tempo pregresso. Com o surgimento da grande Roma, por exemplo, surgiram grandes mazelas, como o agravo no campo pela falta de sementes, condições climáticas, mas também pelos abusos dos poderosos que tornavam o camponês endividado e o escravizava. Para fugir dessa miséria, deslocavam-se grupos de pessoas para as cidades onde aumentava até números “escandalosos” a massa de miseráveis urbanos que gozavam de uma situação ambígua: repressão e caridade. Mais à frente, pelo século IV, as condições sanitárias precárias e as deficiências alimentares (principalmente vitaminas A, B e D) deixavam o pobre mais exposto a doenças, verminoses e à peste. A diferenciação entre pobre válido (trabalhador pobre) e o pobre inválido (mendigo) é usada nessa época e tem características comuns.

Ainda sob esse espectro, os pobres habitavam prédios públicos ou mesmo cabanas simples feitas em meio a rochedos e cavernas. Porém, o limiar entre validez e invalidez estava na capacidade para o trabalho, e a invalidez era ou uma questão política (desemprego e vagabundagem) ou moral (velhos, doentes, deficientes, órfãos). Desde logo a Igreja cuidou de criar estabelecimentos (“asilos para os pobres e estrangeiros”), e tais estabelecimentos estavam eminentemente em suas mãos, e esta cooperava com o poder imperial para oferecer ajuda aos desvalidos.

### **2.3 O dever da esmola**

Nos tempos dos séculos V e VI, chama-se idade dos bispos, pois, a partir da Decretal de Simplício (468-483), fica determinado que o bispo deve dedicar  $\frac{1}{4}$  de seus rendimentos para os mais pobres (embora não do patrimônio pessoal do bispo). Ele deve fazer a distinção entre os seus bens e os bens da Igreja e não usar os desta, gerindo-os com rigor para que não se lesem os pobres. A instituição da matrícula vem do Oriente, por volta do século V, e é uma lista nominal de pobres que vivem às expensas da Igreja: o número de matriculados era fixo e limitado, não englobando todos os pobres da região. As matrículas foram associadas a mosteiros rurais porque, das cidades, a pobreza se deslocou para o campo e assim, as obras se deslocaram do episcopado para o mosteiro.

Na vista de Jonas de Orleães e Hincmar de Reims, o rei tem o dever de proteger os mais pobres dos poderosos, fazendo surgir o mito do “bom rei“. Para Hincmar, o equilíbrio moral deve ser, ao mesmo tempo, equilíbrio social. A pobreza em Hincmar é toda fraqueza e dependência que a rapina engendra e explora; e é a caridade que reestabelece a justiça – mas não pensava ele, como seus contemporâneos, em modificar a ordem social imutável, que é onde reside a paz. No pensamento desse, o bispo deveria receber o pobre em hospitais e constatava que os albergues deveriam substituir a matrícula em período de decadência. Mas os mosteiros acabaram por fazer as vezes da cidade episcopal. Nos primeiros padres do deserto já havia a tradição da pobreza ascética e os monges se fizeram os “pobres de Cristo”, que dão o que podem aos pobres involuntários.

### **2.4 Os séculos VII-XI**

No século VII, o pobre não é escravo, mas camponês livre e desprezado; mas a sua insuficiência de viveres e vestuário (“pobreza estrutural”) o leva a se colocar sob o patrocínio

de um poderoso, já desde os merovíngios. Prosseguindo até o século XI, o local de confronto entre pobre e rico foi o campo; se, no entanto, na época merovíngia, a pobreza era caracterizada pelo “não ter”, no século IX se caracterizava pela dificuldade de manter um lugar na sociedade e pela opressão dos poderosos. O pobre poderia ser isolado e solitário (vivendo em eremitérios) ou vagabundo e gregário, indo de cidade em cidade e de mosteiro em mosteiro, buscando distribuição de alimentos. Adstrito entre os doentes, órfãos, viúvas etc., os mais vituperados eram os desenraizados, expulsos de suas terras pela penúria.

Sobretudo, aí se ensaia e tem origem a concepção tripartida da sociedade: da necessidade do trabalho manual – ao desprezo antigo pelas atividades servis somam-se o gosto militar dos germânicos e o gosto judaico-cristão pela contemplação; começa a haver a aproximação entre trabalhador, camponês e pobre. Conquanto, os pobres (na terminologia do II Concílio de Aix-la-Chapelle. Os concílios do século IX buscaram promover doutrinas que protegessem os pobres da ação dos poderosos) são homens livres, com alguma terra, dominados pelos grandes e são chamados “pauperes”; os indigentes eram aqueles oprobriados (muitas vezes vindos dos pauperes) e que, pelo desequilíbrio da economia rural, não encontram lugar nela – o pauper carolíngio era livre, possuidor de alguns bens (que podia transmitir), não era indigente, mas estava submisso a tributos e dependências. Contudo, em virtude do “direito de dependência” que tinham os pobres da boa gentileza de outrem, dá-se ocasião para abusos, uma vez que eram os poderosos que controlavam a justiça; do mesmo modo, as limitações de recursos lançavam os pobres nas garras dos agiotas.

## 2.5 Uma presença permanente

Com o passar dos séculos, a partir do final do XI, a pobreza ainda conservava um significado espiritual e muitos fatores acabaram por interferir no aumento do número de pobres. É período de fome entre o fim do século XI e XII. Eram muitos os que viviam fora das cidades e do campo; muitos eram os marginais e excluídos e a questão agora era como recuperá-los e reintegrá-los, mas a muitos desses se misturavam hereges. O problema transfigura-se em triplo: “recuperar alguns, neutralizar outros e ajudar os terceiros”, porque a caridade continuava a ser um dever – a essa época, ocorre uma renovação da espiritualidade evangélica e por volta do ano de 1230 teólogos se lançam a formular os direitos dos pobres.

Entretanto, apesar da primeira Cruzada (1095), que, de certo modo, ajudou a reduzir a superpopulação relativa e dar vazão aos ânimos belicosos dos poderosos por todo o século XII, a miséria aumentou devido a catástrofes naturais. As doenças da carência atingem a todos, e em causa disso as peregrinações se tornam o ponto de encontro dos pobres. Conseqüentemente, a pobreza começa aparecer nas ilustrações e afrescos feitos por artistas de preocupação moral e religiosa, que desejam incitar a realização de obras de misericórdia; isso conduz à feiura de um retrato do pobre. O endividamento também era uma das desgraças do pobre, tanto que o papa Alexandre III proibiu a hipoteca. Muitos, endividados e acuados, rompiam com seus bens e famílias e acabavam por viver fora da lei e à beira da criminalidade, roubando para subsistir, não sendo poucos os que vão parar nas forcas.

## 2.6 Contrates e escândalos

Apesar da evolução temporal das épocas, o pobre continua desprezado. Surge, então, a concepção da estabilidade social, para ricos e mesmo para pobres, onde a pobreza é perene.

A pobreza era indigna, de tal modo que os reformadores gregorianos procuraram garantir, com a beneficência, a subsistência do clero, incompatível com a pobreza e a indigência – também não conveniente aos encarregados de guiar o povo cristão. A pobreza é vista como uma marca do pecado, como no Velho Testamento, e a salvação do pobre fica comprometida.

Com todos os reveses, os eremitas vão mudar essa perspectiva ao anunciar o valor purificador dos sofrimentos e da pobreza, reencontrando a eleição prometida no Novo Testamento. Os eremitas eram homens que, partindo do deserto, iam evangelizar multidões. Homens de aspecto rude, sem trato, cheios de ódio ao dinheiro, que como Cristo, não habitavam em nenhum lugar, bastando uma gruta. Vegetarianos que sobreviviam graças ao seu trabalho braçal. Pobre voluntário com a convicta vontade de imitar o ideal de Cristo e os Apóstolos – o impulso oficial para essa vida poucas vezes veio de pobres, mas de ricos que se fizeram pobres.

Esses indivíduos pregavam aos marginalizados e, além do mais, possuíam o intento de restaurar a dignidade deles, reincluindo-os na comunidade. Viviam pobres entre eles e não só se debruçavam sobre eles. O movimento eremítico teve grande alcance social, pois mobilizava gente de todas as condições, a ponto desses abandonarem o clero paroquial. O ponto de contato do eremitismo com a pobreza é, justamente, o fato desta ser associada à pureza, de tal maneira que protestos populares contra a riqueza do clero era uma revolta contra o avesso da pobreza, agora associada à pureza.

## **2.7 A urgência da caridade**

Já sob uma ideia diferente, no século XII, muitos mosteiros não se conservaram como lugar da beneficência, isso porque (e não somente por causa do aumento do afluxo de mendigos, sobrecarregando os recursos dos mosteiros) aumentou o número de homens que iam pessoalmente ao pobre (os monges não iam ao pobre, mas este ao mosteiro), acontecendo por essa época, um despertar da caridade evangélica – não restrita aos eremitas – levando a uma nova reflexão sobre a pobreza e a caridade, tendo muitos movimentos surgidos para restaurar as tradicionais obras de assistência.

Veio, porém, o progresso da economia monetária que possibilitou a um número cada vez maior de leigos rivalizarem com os religiosos as obras de misericórdia. Mas além da explicação econômica, também se pode pensar que o leigo procurou interceder, ele mesmo, mais diretamente por sua salvação. Leigos, então, assumem os estabelecimentos de assistência que se multiplicam pelo século XII, passando a ter por toda parte casas de misericórdia e leprosários. É no meio urbano que a caridade leiga se manifesta com intensidade, porque é lá onde está a grande massa de pobres.

Adjuntas, as confrarias também aparecem como sociedades de socorro mútuo, algumas vezes fechadas a seus membros. Mas com o tempo, ainda no século XII, as autoridades já renunciavam tomar para si o controle desses estabelecimentos, por questões de saúde pública. Dessarte, é essencial deixar salientado que desde a primeira metade do século XII, em Jacques de Vitry, consideravam-se “pobres de Cristo” todos os deficientes, leprosos, abandonados e famélicos.

Cada vez mais parece ressurgir a objetificação do homem. Nessa época era unânime a opinião que a parte equivalente á esmola devia ser constituída do supérfluo, devendo atingir

um certo grau de privação. Era (visto o pobre não ter direito real, só moral, sobre o supérfluo do rico) o bispo quem intervinha em defesa do pobre. Assim posto, vê-se o pobre como ser incapaz de exercer suas próprias ações e desvinselado de direito real.

## 2.8 Florescimento das instituições de assistência

Na vivência das constantes injustiças e pré-determinação ditada por outrem, no século XIII, parece surgir esperança para os necessitados. Serviços e fundações de beneficência adquiriram estabilidade e maior organização administrativa, embora não houvesse desaparecido dos mosteiros a instituição da esmolaria. Essas esmolarias poderiam ser eclesiásticas, mas também principescas, não devendo, entretanto, confundirem-se com a caridade pessoal do príncipe. A esmolaria dos príncipes era como que a versão leiga da eclesiástica, funcionando, inclusive, hierarquizada, do mesmo modo que esta última. Mas sua originalidade está no fato de ser uma das primeiras formas de instituição leiga de assistência – não se perdendo, entretanto, de vista, que na Idade Média, o leigo e o clerical, espiritual e temporal, não estão dissociados.

Torna-se sabida a instituição da “esmola comum”, no século XIII e mesmo no início do XIV, a qual dava ajuda em dinheiro aos pobres, que podem ser divididos em duas categorias: os inscritos (cadastrados em listas anuais) e os associados ocasionais; além também de assumir os encargos dos sepultamentos dos indigentes. Não obstante, é preciso destacar que as confrarias tinham por objetivo primeiro o progresso espiritual dos seus membros e somente de forma secundária tinham como preocupação a beneficência, exigindo de seus membros uma contribuição para o caixa de auxílio e um legado para os pobres.

Juntamente traz o século XIII a “esmola personalizada”. Chegando muitos ricos a deixar em testamento uma parte de suas riquezas para os pobres (o que fora incitado por legislações sinodais pelo século). Essa “moda testamentária” atingiu até mesmo os camponeses. Com o século XIV, a generosidade condescendente do mercador se soma à liberdade do senhor; faz-se caridade porque, além da fama e da reputação social, “ter seus pobres” significa ter intercessores. A monetarização da esmola foi importante, sobretudo, em seu aspecto social e moral: dá ao pobre a possibilidade de escolha do que comprar; tem sua dignidade respeitada; o “pobre envergonhado” tem garantida a discrição do recebimento da esmola.

## 2.9 Realidades e decepções

Chega-se um período em que os imbróglis eclodem em massa na sociedade e comprometem, diretamente, a vida dos menos abastados. Nasce, então, o denominado “pobre laborioso”, aquele cujo trabalho (e ele normalmente conhece um ofício) e esforço são insuficientes para lhe garantir a subsistência, uma nova categoria de pobres se levado em consideração que, tradicionalmente, o pobre era aquele que havia se tornado incapaz de ganhar a vida por causa da ruína ou invalidez, por exemplo. No campo, essa “nova pobreza” significa um rebaixamento da situação dos camponeses com relação aos seus senhores, o que foi se agravando pela insuficiência das terras para cultivo, endividamento e estreitamento dos laços de dependência. A preocupação com o lucro da terra, beneficiado pelo progresso técnico e que buscava responder as demandas externas, também foi um fator responsável pelos novos aspectos da pobreza nos campos.

Simultaneamente a essa mazela, outro fator foi a prática da usura, principalmente por judeus e lombardos, que adiantavam dinheiro a 30% de juros ou mais para a compra de sementes ou uso direto – muitas vezes os camponeses pagavam após a colheita, época em que pagavam também as taxas ao senhor. Na segunda metade do século XIII surge um princípio de classificação das fortunas, segundo a estimativa dos patrimônios e rendas, afim de taxá-los e aplicar-lhes impostos de acordo com as necessidades da cidade. Estabelece-se um mínimo possível de pagar imposto, abaixo do qual estão os pobres – a definição de “pobre fiscal” varia segundo esse mínimo. Tal critério, entretanto, não indica uma indignância absoluta, sendo uma noção puramente fiscal e variável segundo o que se tem possível de ser taxado naquele ano.

Agravante a isso, certos limites se impunham às esmolas. Um exemplo se refere à “esmola padrão”, que se manteve no mesmo valor (entre 1324 e 1347), embora os preços e salários variassem – a esmola sempre foi, em essência, um complemento do salário. Outro exemplo era a restrição feita a certos grupos de ter acesso aos hospitais, como judeus e viajantes de boa saúde; talvez na intenção de reservar o local para pobres e doentes.

Não obstante, muitos abusos punham em risco a dignidade dos pobres. Afrontas que colocavam em perigo até os hospitais – estatutos e o maior controle civil não foram suficientes para evita-los: rendas desviadas, designação de gente sem competência, falta de manutenção – de modo que um concílio foi convocado para tentar resolver esse problema proibindo dar hospitais em benefício a seculares e orientando a escolha de homens competentes e de “boa reputação”. Emergem discussões e brigas dentro das ordens mendicantes acerca da pobreza, as quais acabaram freando o vigor das iniciativas de misericórdia. Os espirituais, acabaram relegando a segundo plano a caridade, afastando-se da realidade dos pobres. De fato seus sermões se valiam de um tipo abstrato de pobre – que desconsiderava, por exemplo, os pobres laboriosos – o que ocorre, principalmente, após o surgimento da Legenda Maior, por volta de 1260. No final do século XIII o pobre, seja no campo como na cidade, tenta assumir um papel mais ativo, obstantemente, suas ações foram absorvidas e exploradas por outros, sendo os pobres utilizados como massa de manobra para servir a causas que não eram suas. Sempre estando subordinados e permanentemente na condição de meio de obtenção valorativa, jamais um fim em si mesmos.

### **3.Immanuel Kant e sua influência para os Direitos Humanos**

Exordialmente, emerge Immanuel Kant com seu Imperativo Categórico, disposto nas máximas respectivamente elucidadas em sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”.

Aja apenas segundo uma máxima tal que possas querer ao mesmo tempo que se torne uma lei universal. (KANT, 1785, p.129)

Aja de tal maneira que use a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, sempre e simultaneamente como um fim e nunca apenas como meio. (KANT, 1785, p.135)

Ou seja, princípios regentes para toda e qualquer ação que o indivíduo em suas plenas faculdades mentais venha exercê-los. Outrossim, Kant determina em seu pensamento o conceito de pessoa, a qual seria apenas aquela que exercesse plenamente a sua personalidade



moral, conseqüentemente, o seu imperativo categórico, praticando toda e qualquer ação independentemente de outrem para a guiar ou para impor sobre ela alguma prática, diz ele, então, que se foi desvencilhado da menoridade. Determina, pois, Kant que um ser sem essas capacidades não se constitui pessoa, em corolário, servos e escravos logo não se constituíam em pessoas, haja vista possuírem um absoluto regente de suas ações. Concluir-se-á que Kant compreende que sem o Direito de se autoguiar não haverá personalidade, intrinsecamente não haverá liberdade, muito menos igualdade e, finalmente, não haverá pessoa. Hodiernamente, a constante dos moradores de rua, exhibe à sociedade indivíduos guiados e determinados pela boa vontade e compadescência dos outros que por eles cruzam, a concedência de esmola, ou um prato de comida, uma conversa dos mais empáticos. São cidadãos à mercê da cidadania, tirados deles os mais naturais direitos de integridade, de ir e vir, de igualdade, de emprego, de saúde, de educação.

O prussiano também trouxe para a humanidade seu tão famoso dito clarificador dos entendimentos:

Só a crítica pode cortar pela raiz o materialismo, o fatalismo, o ateísmo, a incredulidade dos espíritos fortes, o fanatismo e a superstição, que se podem tornar nocivos a todos e, por último, também o idealismo e o cepticismo, que são acima de tudo perigosos para as escolas e dificilmente se propagam no público. (KANT, 1781, p.38)

Por conseguinte, se não for criticada a atual situação dos moradores de rua, ou seja, sua marginalização, sua insalubridade no modo de viver, sua ociosidade para com a sociedade, um descarte instantâneo de um ser humano, jamais se haverá de transformar esses indivíduos.

Kant, não obstante, traçou o caminho para a tomada da codificação de leis verdadeiramente universais, imutáveis e eternas: os Direitos Humanos, os quais só se concretizariam séculos depois de sua morte com a tão famigerada Carta dos Direitos Humanos, fruto exímio da calamidade: a segunda guerra mundial. Em sua obra “A Paz Perpétua” transmite: “Se um vizinho não proporcionar segurança a outro (o que só pode acontecer num Estado legal), cada um pode considerar inimigo a quem lhe exigiu tal segurança” (KANT, 1795, p.10), destarte, Kant aqui deseja transmitir que todos, necessariamente, dependem uns dos outros e que a segurança é um bem de todos e, concomitante, dever de todos sobre a preservação dessa. Conquanto, caso um não proporcione a devida segurança a outro, logo, podem-se considerar inimigos entre si. Apesar desses ditames, torna-se certo e clarificado o que disse Kant e totalmente aplicável à situação dos moradores de rua, haja vista que nessa condição o ser humano das ruas encontra-se desprovido de qualquer segurança, exposto a qualquer das vicissitudes da vida, tanto as rotineiras ocorrências de assassinatos imotivados, arrastões ou até mesmo o abuso de poder das autoridades policiais. Insegurança ao ser humano causada pelo próprio ser humano.

Interligado a essa mesma obra, emana Kant:

Chama-se, por isso, também *destino*, enquanto compulsão de uma causa necessária dos efeitos segundo leis que nos são desconhecidas, e *Providência* em referência à finalidade que existe no curso do

mundo, enquanto sabedoria profunda de uma causa mais elevada que tem em vista o fim último objetivo do gênero humano e predetermina o devir do mundo, causa essa que não podemos realmente *reconhecer* nos artifícios da natureza nem sequer inferir a partir deles, mas (como em toda relação da forma das coisas com o fim em geral) só podemos e devemos pensar, para assim formarmos para nós um conceito da sua possibilidade, segundo a analogia da arte humana: a relação e a consonância desta causa com o fim que a razão nos prescreve mediatamente (o fim moral) é representar para si uma ideia que é, sem dúvida, arrebatada no propósito teórico, está no entanto bem fundada no plano dogmático e, segundo a sua realidade, no propósito prático (por exemplo utilizar o mecanismo da natureza em relação com o conceito de dever da *paz perpétua*)” (KANT, 1795, p.23)

Causa necessária, mais elevada, a qual tem seu fim na humanidade, relacionada com o fim que a razão determina para os seres, essa é a causa da paz perpétua. Partindo desse exórdio, torna-se evidente que a paz, a plena concordância entre os seres só será alcançada com a causa última, que deve estar no psicológico de cada indivíduo, para que esse consiga em concomitância com o seu semelhante, exercer a plena comunhão. Nos dias de hoje, é mais do que evidente que essa causa necessária é o prático respeito à dignidade humana, que com seu vigor transpassará todos os outros direitos essenciais, tornando esses, também, perceptíveis em toda a sociedade em sua completude. Tanto, enfim, para as gentes das ruas.

O iluminista não parou por aí, também continuou a declarar: “A partir da natureza do homem, pretende ver com antecedência que este nunca quererá o que se exige para realizar o fim que leva à paz perpétua” (KANT, 1795, p.35). Parecem até contraditórias tais palavras advindas de Immanuel Kant, porém, apesar de tipificado ele de “idealista transcendental” não deixou de enxergar a realidade: o homem não deseja o bem ao outro, e se não deseja ao outro, não terá a si mesmo a paz perpétua. O que transmite Kant ao dizer “o que se exige” é a personalidade moral. É ela a condição para o homem exercer o bem mútuo verdadeiramente, em contrapartida, o homem não possui inerente essa natureza do bem-fazer e, por isso, também degrada-se a si mesmo. Quanto a isso, é partido dos exórdios que se verifica o descaso dos homens mais abastados para com os miseráveis, sempre propondo melhorias suficientes para acalmar os ânimos revoltosos dos mais pobres mas sem enxergar neles a completude de um ser humano detentor de direitos reais, não diferente, também a monopolização das casas de caridade, sempre sob o domínio dos mais poderosos, ditadores das regras e responsáveis pelos abusos. Obstantemente, é preciso rejeitar essa parte da natureza humana a qual é indiferente à sua própria espécie, instaurar a conscientização por meio das escolas, destituir a monopolização das instituições de caridade, especializar as pessoas moradoras de rua a um trabalho, valer-se do imperativo categórico.

Sob esse mesmo viés, é necessário entender porque Kant chama seu “guia de regras” de imperativo categórico. Precipuamente, porquanto não podem nunca deixar essas regras de permanecerem perpetuamente nas ações dos indivíduos, por isso imperativo, e, além de, não poderem ser relativas, ou seja, regras que são cabíveis em um momento mas não são em outro, ao contrário, são regras cabíveis à todas as situações. Assim, a compaixão, a gentileza, a educação, o respeito e, em suma, a empatia são parte daquilo que deve imperar absolutamente

nas ações de qualquer indivíduo em relação a qualquer outro indivíduo. Então, continuou Kant:

Um direito que na realidade é apenas uma palavra sem conteúdo e se baseia em contratos que se encerram, já no próprio ato de sua conclusão, a reserva secreta de sua transgressão [...] Aspirai antes de mais, ao reino da razão pura prática e à sua justiça e o vosso fim (o benefício da paz perpétua) vos será dado por si mesmo. Pois a moral tem em si a peculiaridade, e decerto no tocante aos seus princípios do direito público (portanto em relação a uma política cognoscível *a priori*), de que quanto menos faz depender do comportamento acerca do fim proposto, da vantagem intentada, seja ela física ou moral, tanto mais com ele se torna em geral consoante. (KANT, 1795, p.42)

Dessa forma, é mais do que exposto que Kant indica que o direito é apenas um conjunto de regras sem valor em si mesmo e que se este não prezar pela moral racional, não valerá de nada. Tão como se reflete na vida dos indigentes, não falta a eles a legislação presumida de direitos a todas as condições básicas, mas ainda não foi estabelecida no intelecto daqueles que aplicam a lei a razão pura guia da paz perpétua, pois estes ainda usam suas ações sempre objetivando a um fim monetário e vantajoso, ainda não usam o bem para o próprio bem.

Inseparável a essa finalidade promíscua das ações humanas, disse: “O homem é lançado para a classe das restantes máquinas vivas, às quais se deixaria apenas ainda a consciência de não serem seres livres, afim de se tornarem, segundo o seu próprio juízo, os mais miseráveis de todos os seres do universo” (KANT, 1795, p.43). Analisando-se que Immanuel Kant ainda estava em época muito distante da revolução industrial que ia ocorrer no mundo, e já percebera que havia uma constante do homem se direcionar à miséria, simplesmente, evidenciava que a humanidade já iria se autoeliminar não tardiamente. Foi aí que com a eclosão da tão inovadora e revolucionária indústria o homem conseguiu, finalmente, materializar ele mesmo em máquina. Foram abusos seguidos de abusos, condições degradantes de trabalho, mortes, repetições incessantes, um passo rápido à “não vida”, assim, aqueles que não suportavam e questionavam o porquê daquela instância foram morar nas ruas, em sua maioria idosos, deficientes resultantes dos acidentes nas indústrias, e grávidas. Nessa progressão do horror eclodiu a primeira grande guerra global, e tudo porque mais uma vez os abastados queriam subordinar, cada vez em maior número, os indigentes ao trabalho desumano. Perderam, como disse Kant, a consciência de que eram seres livres por natureza, dotados de uma mente que possui seu próprio movimento, e que sem essa capacidade nada no mundo externo teria sentido. O criador da máquina jamais poderá se tornar a própria máquina, pois ele tem seu movimento causador como causador do movimento das máquinas, não só na questão física, mas também na capacidade de mudar e aperfeiçoar todos os objetos a sua volta. O homem não pode voltar a era de regresso e, para isso, precisa modificar a visão de que o mundo gira em torno da venalidade, e sim, que esta fora criada pelo ser humano e está sob seu total domínio.

Intrinsecamente a essa mixórdia, está o que escreveu Victor Hugo em sua obra “Os Miseráveis”: “Demolimos o Antigo Regime quanto aos fatos, mas não pudemos exterminá-lo completamente quanto às ideias. Não basta acabar com os abusos, é preciso modificar os costumes. O moinho se foi, mas o vento ainda permanece” (HUGO, 1862, p.78). Assim é

vista a condição humana atual, a guerra se foi mas os anseios de alienação humana ainda permanece. Daí ainda prossegue Kant em “A Paz Perpétua”: “O princípio deve estender-se como a obrigação dos detentores do poder de não recusar a ninguém o seu direito, nem de o restringir por antipatia” (KANT, 1795, p.43). Emanada dele que se o direito existe não pode ser suplantado pelos possuidores do poder. A partir dessas elucubrações, é notório que o costume da antipatia dos regentes para com o povo necessitado ainda é perene, agarrada na vida, em principal, dos moradores de rua, tão debilitados e a eles tão restringidos direitos.

Opulentamente, não deixou de pronunciar Immanuel Kant:

O amor aos homens e o respeito pelo direito dos homens são ambos deveres; mas aquele é um dever condicionado; em contrapartida, o segundo é um dever incondicionado, absolutamente imperativo, que quem quiser entregar-se ao suave sentimento da benevolência deve estar certo de não o ter transgredido” (KANT, 1795, p.51)

Com presente virtuosa erudição, é necessário instaurar verdadeiramente na consciência dos homens que o respeito ao que está escrito como direito é um dever de todos os homens, incondicionado e determinante para todos os momentos e situações da vida humana. Por cúmulo, os moradores de rua merecem o devido respeito, e por não possuírem, eles próprios, condições de modificarem sua atual condição de vida, o Estado e seus administradores devem, por imperativo, tirá-los dessa instância, inseri-los novamente na comunidade e na economia e, acima de tudo, convencê-los mais uma vez de que são seres humanos usufrutuários de todos os direitos do ordenamento jurídico.

#### 4.Os Direitos Humanos e os indigentes das ruas

Partindo do pressuposto do que diz a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu preâmbulo: “**Considerando** que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (Assembleia Geral da ONU, 1948). Torna-se mais que evidente que o fato de ainda hoje existirem moradores de rua é uma realidade engessadora da afronta à dignidade humana perante a referida carta, pois somente o fato de estar exposto às inseguranças da vida na rua, ainda está desprovido de condições básicas à existência humana, como alimentação saudável e propriedade. Adstrito ao preâmbulo, ainda está descrito:

**Considerando** que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida e em uma liberdade mais ampla. (Assembleia Geral da ONU, 1948)

Têm-se, pois, a exposição que o provimento das melhores condições de vida não estão a se direcionar aos “indigentes” das ruas, muito menos a liberdade mais ampla, haja vista ser fato não poderem estes circular em ambientes públicos como shoppings ou supermercados, pois se pressupõe não possuírem condição alguma de poder de compra. Essa falta de liberdade é uma das vedações decorrentes do impedimento desses exercerem tantos outros direitos, em

especial o direito ao trabalho, direito pilar das transformações, das melhorias tanto nas questões econômicas quanto sociais de um país.

Adjunto está o Artigo I desse documento, onde diz: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns com os outros com o espírito de fraternidade” (Assembleia Geral da ONU, 1948). Outrossim, segundo o dicionário Priberam, “igualdade” significa: “Qualidade de igual. Relação entre coisas ou pessoas iguais. Correspondência perfeita entre as partes de um todo. Organização social em que não há privilégios de classes. Sinal aritmético de igualdade” (IGUALDADE, 2020). Com esse enunciado, reconhece-se que os desvalidos das ruas também devem ser considerados iguais a qualquer outra pessoa. Assim sendo, devem, por obrigação do Estado, ter uma moradia, uma formação escolar, um emprego digno.

Compilado está o Artigo III do mesmo dispositivo: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (Assembleia Geral da ONU, 1948). O dicionário Priberam quanto ao sentido da palavra “vida”, declara:

O período de tempo que decorre desde o nascimento até à morte dos seres. Modo de viver. Comportamento. Alimentação e necessidade da vida. Ocupação, profissão, carreira. Princípio de existência, de força, de entusiasmo, de atividade (diz-se das pessoas e das coisas). Fundamento, essência; causa, origem. Biografia. Passar a vida: Usa-se seguido de preposição a e infinitivo, de gerúndio ou de preposição e sintagma nominal para indicar continuidade de ação. Vida civil: os direitos civis. Vida eterna: vida futura, a outra vida, a existência espiritual depois da morte. A bem-aventurança, a glória eterna. (VIDA, 2020)

Por conseguinte, é manifesto que apesar dos paupérrimos possuírem a condição de vida biológica são eles coibidos de exercer a vida civil que abarca da alimentação ao trabalho. Ainda de acordo com o Priberam, quanto à “liberdade”:

Direito de proceder conforme nos pareça, contanto que esse direito não vá contra o direito de outrem. Condição do homem ou da nação que goza de liberdade. Conjunto das ideias liberais ou dos direitos garantidos ao cidadão. Ousadia. Franqueza. Licença. Desassombro. Demasiada familiaridade. Imunidades, regalias. (LIBERDADE, 2020)

Consoante a isso, é inegável que os carecidos, conjuntamente, não possuem liberdade a julgar porque não é somente por não estarem presos que estão livres, esses não estão imunes a nada, ao contrário, estão à degenerante fatalidade das ruas. Seguindo novamente Priberam, em “segurança”:

Ato ou efeito de segurar. Qualidade do que é ou está seguro. Conjunto das ações e dos recursos utilizados para proteger algo ou alguém. O que serve para diminuir os riscos ou os perigos. Aquilo que serve de base ou que dá estabilidade ou apoio. Sentimento de força interior ou de crença em si mesmo. Afoiteza, ousadia. Força ou convicção nos

movimentos ou nas ações. Certeza demonstrada. Caução. Pessoa cuja atividade profissional consiste em proteger pessoas, instalações ou bens, ou controlar o acesso de pessoas a determinado local. Segurança social: sistema público de proteção dos cidadãos, segundo a legislação produzida, os direitos, os deveres e as contribuições efetuadas, notadamente em caso de doença, desemprego, reforma, etc. (SEGURANÇA, 2020)

Em conformidade com essa premissa, percebe-se que este direito emana tão primordial, pois é um que não depende da própria pessoa e sim, necessariamente, do Estado sob o qual essa pessoa está instalada. Sem embargo, afeta diretamente no psicológico do ser humano se essa segurança não for provida, engendrando um sentimento de incapacidade e insuficiência, sentimentos que são inerentes aos esmoleiros e que em alto grau podem resultar no imbróglgio desse, e de qualquer pessoa desprovida de segurança, de tirar sua respectiva vida.

Ligado está o Artigo XIII,1 da Declaração aludida: “Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado” (Assembleia Geral da ONU, 1948), totalmente condizente com os direitos sobreditos. Coadunado a essa obrigação, o ordenamento jurídico brasileiro também disserta sobre a referida matéria, quanto ao *direito à liberdade de locomoção*, diz a Constituição Federal do Brasil em seu artigo 5º, XV: “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (BRASIL, 1988); e em seu artigo 5º, LXI: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de ordem judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988), então se materializa como puro preconceito não permitir que um carecido adentre a um estabelecimento público, conquanto, alegam esses estarem mal cheirosos e mal vestidos, porém, foram-lhes suprimidos o direito da higiene pessoal, não deram-lhes condições monetárias de comprar roupas e, se não estão a fazer nenhum mal em estabelecimento público, mostra-se inconstitucional a expulsão sem nem ao menos recepção mínima e suficiente dos interesses do carecido. Quanto ao de residência, o ordenamento jurídico brasileiro também elucida sobre essa matéria, especificamente na Emenda Constitucional nº.26/2000 a qual alterou o artigo 6º da CF, onde diz “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988), direito tão mais do que básico mas essencial, não proporcionar residência a alguém significa despersuadir o ser humano de uma proteção das insultas aos perigos da vida urbana, haja vista que quem mora nas ruas, na prática, já não mais é visto como humano, mas como parte das pestes integrantes do meio urbano, os quais muitas das vezes nem possuem documentos, pois segundo uma pesquisa realizada pelo Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), para um texto intitulado ‘Discussão Estimativa da População em Situação de Rua no Brasil’, apontou que apenas 47,1% da população de rua estimada estava cadastrada no CadÚnico (Cadastro Único para Programas Sociais – É um instrumento de coleta de dados e informações com o objetivo de identificar todas as famílias de baixa renda existentes no país. Devem ser cadastradas as famílias com renda mensal de até meio salário mínimo por pessoa. Famílias com renda superior a esse critério poderão ser incluídas no CadÚnico, desde que sua inclusão esteja vinculada à seleção ou ao acompanhamento de programas sociais implementados pela União, estados ou municípios. E, um dos critérios para fazer esse cadastro é a documentação pessoal) em 2015. Contíguo,

de acordo com o I Censo de Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua, dos entrevistados 24,8% não possui quaisquer documentos de identificação, 42,2% possuem CPF, 39,7% possuem carteira de trabalho, 37,9% possuem certidão de nascimento ou casamento ou título de eleitor.

Não separado está o Artigo XXI, 2 do supramencionado texto legal: “Todo ser humano tem igual *direito de acesso ao serviço público* de seu país” (Assembleia Geral da ONU, 1948). No ordenamento jurídico brasileiro se exhibe a matéria de *direito ao acesso ao serviço público*, no artigo 5º, XXXIII da CF: “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (BRASIL, 1988), portanto, enquanto o primeiro salvaguarda o direito ao serviço, o segundo protege o direito à informação sobre os serviços públicos prestados pelos próprios órgãos, os quais, adjuntos, dão aos cidadãos direitos de amplitude colossal (tanto sob o sistema de saúde, sistema sanitário, educacional, residencial, quanto mesmo, sob o sistema de veiculação das informações). Portanto, se não houver por iniciativa pública o direcionamento desses direitos aos indigentes, informando-os de suas garantias, estes não saberão que podem ir até o estabelecimento público para se informar sobre suas garantias e logo não exercerão essas. Coadunado com o I Censo de Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua, dos entrevistados 88,5% afirmaram não receber qualquer benefício dos programas governamentais, porém, entre os 12,5% dos que recebiam benefícios, 3,2% é de aposentadoria, 2,3% do Programa Bolsa Família e 1,3% do Benefício de Prestação Continuada – BPC.

Junto está o Artigo XXII da susodita norma internacional: “Todo ser humano como membro da sociedade, tem *direito à segurança social*, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional de acordo com a organização de recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade” (Assembleia Geral da ONU, 1948). Incorporado no ordenamento jurídico brasileiro se normatiza sobre a matéria do *direito à segurança social*, disposta tanto no já referido artigo 6º da CF como também no caput do artigo 144 da CF, o qual diz: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (BRASIL, 1988). Contudo, parece claro que as políticas públicas proporcionadas pelo Estado não estão exercendo plena eficácia haja vista os índices de violência identificada de acordo com o Atlas da Violência de 2018, produzido pelo Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), o número de 62.517 assassinatos cometidos no país em 2016 coloca o Brasil em um patamar 30 vezes maior que o da Europa, só na última década, 553 mil brasileiros perderam a vida por morte violenta, ou seja, um total de 153 mortes por dia. Se as pessoas devidamente usufrutárias dos direitos estabelecidos estão sendo vituperadas, a conjuntura da vida dos incapacitados se mostra ao cúmulo da insegurança. Mais um direito básico suprimido do percurso dos indigentes.

Intrinsecamente o Artigo XXIII, 1 do supratranscrito regulamento evoca: “Todo ser humano tem *direito ao trabalho*, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego” (Assembleia Geral da ONU, 1948). Adentro ao ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre essa matéria tanto no artigo 1º, IV, da CF, onde declara que tem como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito: “Os

valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (BRASIL, 1988), como também, no artigo 170 da CF, onde emana: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VIII – Busca do pleno emprego” (BRASIL, 1988). Frisa-se, assim, o fato de que a Carta Magna possui o anseio, explícito, de proporcionar existência digna, pois é patente que viver sem emprego cria todas as condições de uma vida indigna. Consequentemente, visto que em um mundo venalizado tudo tem valor monetário, um dos meios sobre-humanos de permanecer sem capital nesse tipo de sociedade é se encaminhando para a permanência nas ruas.

Ainda enfatiza o Artigo XXV, 1 dessa norma mundial: “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive *alimentação*, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis...” (Assembleia Geral da ONU, 1948). No ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre essa matéria do *direito à alimentação* a lei n.º.11.346/2006 a qual criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, além de firmar em seu artigo 2º: “A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar políticas públicas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população” (BRASIL, 2006). Ajuntado ao I Censo de Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua, 79,6% dos entrevistados consegue fazer ao menos uma refeição ao dia, 19% não consegue fazer ao menos uma refeição por dia, 31,3% não se alimentam todos os dias e são pessoas que pedem dinheiro para sobreviver. De acordo com a mesma pesquisa, porém em relação às questões de higiene, 32,6% usam a rua para tomar banho, 31,4% usam os albergues/abrigos, 14,2% usam os banheiros públicos, 5,2% usam a casa de parentes ou amigos, quanto às necessidades fisiológicas, 32,5% utilizam a rua, 25,2% usam os albergues/abrigos, 21,3% usam somente os abrigos, 9,4% usam os estabelecimentos comerciais, 2,7% usam a casa de parentes ou amigos. Sob a égide desse mesmo censo, em relação à saúde dos entrevistados, 30% tinham algum problema de saúde, desse percentual, 10,1% possuíam hipertensão, 6,1% possuíam problema psiquiátrico/mental, 5,4% possuíam diabetes e 5,1% possuíam HIV/AIDS.

Conjunto ao artigo XXVI, 1 do regimento suprarreferido:

Todo ser humano tem *direito à instrução*. A instrução será gratuita, pelo menos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. (Assembleia Geral da ONU, 1948)

Continua o parágrafo 2º do mesmo artigo:

A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações... (Assembleia Geral da ONU, 1948)



Anexo ao ordenamento jurídico brasileiro se dispõe sobre a referida matéria com os termos de *direito à educação*, no artigo 205 da CF se estabelece: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988). Entretanto, parece que a concretização desse direito virou uma utopia, tanto para a maioria da população quanto para a minoria das ruas, pois, ou não se tem o mínimo, ou quando se tem é de má qualidade. Atado ao I Censo de Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua, dos entrevistados 63,5% não concluiu o primeiro grau, 17,1% não sabem ler e escrever, 8,3% apenas assina o próprio nome, 95% não estuda atualmente, e apenas 3,8% afirmaram estar fazendo algum curso (2,1% ensino formal e 1,7% ensino profissionalizante).

Concomitante ao Artigo XXVII, 1 do mesmo tratado referenciado: “Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios” (Assembleia Geral da ONU, 1948). No ordenamento jurídico brasileiro se elucida sobre tal matéria com o termo de *direito à cultura*, diz o artigo 115 da CF: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (BRASIL, 1988). Quanto a esse direito, mostra-se inexistente à vida dos moradores de rua, pois se estes não possuem o exercício efetivo do direito de liberdade, igualdade e de ir e vir, logo, não têm como adentrarem em casas de exposição, ou em algum concerto musical, ou mesmo, usufruir de uma praça aberta sem estarem sendo seguidos por um segurança. Esse é um dos mais essenciais direitos de conhecer sua história e origem e está veementemente vetado aos carecidos.

Comutativamente está o Artigo XXVIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados” (Assembleia Geral da ONU, 1948). Tal anseio está concretizado como fundamento para a elaboração de toda a Carta Magna brasileira, onde diz no preâmbulo da CF:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1988)

E finalmente, expressa-se bem declarado que todos os direitos até aqui mostrados, obrigatórios de serem mantidos no Estado Democrático, foram suprimidos dos moradores de rua, e declara-se, entretanto, o dever de se estabelecer condições desses direitos serem plenamente exercidos na vida dessas gentes.

## **5.Os albergues e sua ineficácia**

Partindo-se do proêmio da pesquisa publicada pelo Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), com base em dados de 2015, projetou-se que o Brasil tem pouco mais de 100 mil pessoas vivendo nas ruas. Das 101.854 pessoas em situação de rua, 40,1% estavam em municípios com mais de 900 mil habitantes, 77,02% habitavam municípios com mais de 100 mil habitantes e apenas 6,63% habitavam municípios com população de até 10 mil habitantes. Lobriga-se a tese de que a revolução industrial e a concepção de uma sociedade capitalizada causa a superinflação da quantidade de pessoas querendo se dirigir a esses locais. Não obstante, quando essas pessoas que migraram de cidades mais pacas se deparam com uma concorrência de mercado desumana e alienadora, e pelos costumes da cidade menos agitada, veem-se desprezados intelectualmente e não se adaptam a essa nova realidade, fazem uma das piores possíveis escolhas que um sujeito pode fazer: ir morar nas ruas.

Sob essa constante das cidades urbanas, atina-se um direcionamento para os albergues destinados a acolher os indigentes. Primordialmente, é necessário entender, então, o que são os albergues e o porquê deles terem sido criados. São, pois, casas de abrigo com número restrito de vagas para acomodação, geralmente vagas muito rasas para a quantidade de pessoas necessitadas desses abrigos. Em sua maioria são casas degradadas, até mesmo sem leito, com altos índices de saqueamento. O maior agravo que repelem os moradores de rua dos albergues são as altíssimas quantidades de restrições dentro desses locais, como: não poder levar o animal de estimação, horários rígidos de entrada e saída e, ainda, higiene precária. Tantos reveses já passam essas pessoas moradoras de rua e passam dificuldades em um lugar que as restringe do tão pouco que já têm, tornar-se-á então mais vantajoso permanecer nas ruas do que nos abrigos.

## **6. Inserção dos moradores de rua no mercado de trabalho**

Nesse momento, presa-se por verificar quais as possibilidades de aproveitamento dessa grande massa de pessoas em prol da economia brasileira. Mais uma vez partindo-se da pesquisa realizada pelo I Censo de Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua, contata-se que 70,9% dos moradores de rua exercem alguma atividade remunerada, 58,6% afirmam ter alguma profissão. Dentre essas atividades, 27,5% é de catador de materiais recicláveis, 14,1% é flanelinha, 6,3% trabalham na construção civil, 4,2% limpeza e 3,1% é carregador/estivador. Isto é, não é porque eles se encontram em uma situação de rua que serão apenas dispêndios ao Estado e, sim, pelo contrário, mostram-se resilientes, e possuintes de um ânimo para todos os dias trabalharem em condições exaustivas e totalmente desumanas, à mercê da CLT (pois esta só abarca relações contratuais firmadas à boa vista judicial).

Ao contrário do que a consciência preponderante imagina, constituem em apenas 15,7% aqueles que pedem dinheiro como principal meio para a sobrevivência. E, incrivelmente, 1,9% dos entrevistados afirmaram estar trabalhando com carteira assinada. Afora, ainda 47,7% dos entrevistados nunca trabalharam com carteira assinada. Entre aqueles que afirmaram já ter trabalhado alguma vez com carteira assinada, a maior parte declarou que isso ocorreu há muito tempo: 50% há mais de cinco anos e 22,9% de dois a cinco anos. Ou seja, se um dia uma parcela já trabalhou de carteira assinada, infere-se que esse indivíduo possuía condições mínimas de exercer funções adequadas à um determinado tipo de empresa, e, ademais, se boa parte dos moradores de rua não se prestam ao ato de pedinte significa que acreditam ser mais vantajoso, e honroso, se prestar a um trabalho ainda que por um retorno remuneratório irrisório.

## 7. Conclusão

Consequentemente, nota-se um mercado de trabalho iminente. Pessoas muitas das vezes com pregressa experiência em trabalhos de carteira assinada, ainda que pouca, mas alguns possuem um mínimo de qualificação. Pessoas que não estão nas ruas para tirar o dinheiro dos “trabalhadores de bem”, mas estão a cada dia que passa mostrando que ser morador de rua é ser tanto quanto alguém que possui moradia uma “pessoa de bem”, capacitada para o trabalho, em sua maior parte braçal. Mediante um incentivo veemente do governo essas pessoas serão inseridas novamente na sociedade, e da forma mais enobrecida, pelo seu trabalho e dedicação, como já fazem.

À vista disso, é necessário que venha a se existir um programa governamental conjunto, regido pelo Ministério do Trabalho e Emprego em parceria com o Ministério da Educação para estarem elaborando a cada semestre novas políticas públicas de capacitação profissional aos moradores de rua, recepcionando-os com a concessão dos materiais escolares, abrigo durante os cursos e estágios. Faz-se necessário também que esse trabalho seja realizado adjunto às Secretarias de Trabalho e Direitos Humanos, para essas estarem verificando a cada mês, através de censos, como os reabilitados estão se saindo nas provas, quais os lucros das empresas que aderiram aos profissionais advindos dos cursos de capacitação de indigentes e, além do mais, se essas pessoas realmente conseguiram sair das ruas por meio desse projeto e qual a sua situação financeira já estabilizada após sair das ruas. Uma medida excelsa e subalterna a todo um conjunto de órgãos e pessoas atuantes, tendo essas de estarem em plena associação em prol do bem maior que é salvar os seres humanos que estão nas ruas.

Em face a todo o exposto, é indubitável ser permanente a luta pela consolidação dos direitos sociais mais básicos na vida dos chamados por moradores de rua. Amparados pelos insígnies Direitos Humanos e a afamada Constituição Federal do Brasil, resta-se mover a máquina pública inerte para resultar na concretização de uma política pública capaz de transmutar a negligência quanto aos indigentes, pois é inescusável admitir que algum ser humano considere o relento da rua a sua casa. O patente trabalho tem por escopo, portanto, instaurar, antes de tudo, consciência na população brasileira no tocante aos moradores de rua em prol de estabelecer um desejo por empatia e sensibilidade para com o outro.

## 8. Referências

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 2002. São Paulo: Editora Martin Claret, 1781.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. 1974. São Paulo: Abril-Cultural, 1785.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**. 2008. Covilhã: LusoSofia, 1795.

HUGO, Victor. **Os Miseráveis**. 2014. São Paulo: Editora Martin Claret, 1862.

MARX, Karl. **Miséria da Filosofia**. 2017. São Paulo: Boitempo, 1847.

MOLLAT, Michel. **Os Pobres da Idade Média**. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, DF, out 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º.26, DE 14 DE FEV. DE 2000. **Altera a redação do art.6º da Constituição Federal**, Brasília, DF, fev 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. LEI N.º.11.346, DE 15 DE SETEMBRO DE 2006. **Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências**, Brasília, DF, set 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Carta das Nações Unidas**. São Francisco, 1945. Disponível em: [https://www.cm-vfxira.pt/cm-vfxira/uploads/writer\\_file/document/14320/Carta\\_das\\_Na\\_es\\_Unidas.pdf](https://www.cm-vfxira.pt/cm-vfxira/uploads/writer_file/document/14320/Carta_das_Na_es_Unidas.pdf). Acesso em: 20 set. 2020.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Os fundamentos jurídicos e filosóficos da paz: uma leitura de “A paz perpétua: um projeto filosófico” de Kant**. Disponível em: [https://www.ufsi.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art5\\_rev1.pdf](https://www.ufsi.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art5_rev1.pdf). Acesso em: 20 set. 2020.

QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant: da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais**. Disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/7069/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-pensamento-de-kant>. Acesso em: 20 set. 2020.

OLIVEIRA, Nelson. **Kant e sua ‘hospitalidade universal’ inspiraram a Carta dos Direitos Humanis**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/12/07/kant-e-sua-2018hospitalidade-universal2019-inspiraram-a-carta-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 set. 2020.

CUNHA, Alexandre Sanches. **Direitos humanos: influência kantiana**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/05/01/direitos-humanos-influencia-kantiana/>. Acesso em: 20 set. 2020.

FRANÇA, Jefferson Luiz. **Kant e a concepção contemporânea de direitos humanos: conquistas e desafios à teoria geral dos direitos humanos**. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/download/1902/1956>. Acesso em: 20 set. 2020.

MOREIRA, Parcelli Dionízio. **Direitos humanos universais: uma abordagem da dignidade humana sob o prisma da racionalidade kantiana.** Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/biblioteca/revistas/20170601132138.pdf> . Acesso em: 20 set. 2020.

SANTIAGO, Maurílio. **A ética de Aristóteles e a ética de Kant: a propósito de um breve cotejo.** Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/d-22-13-a-etica-de-aristoteles-e-a-etica-de-kant-a-proposito-de-um-breve-cotejo/> . Acesso em: 20 de set. 2020.

MEDEIROS, Simone. **Bases epistemológicas do positivismo e do materialismo dialético: notas para reflexão.** Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/rir/article/download/20360/19207/0>. Acesso em: 20 de set. 2020.

SILVA, Frankleudo Luan de Lima. **Raciocínios morais de justiça e de perdão em padres.** Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/14937/1/Arquivototal.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

SOUZA, Maria Isabele Duarte de e col. SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. **Pobreza, desigualdade social e território: ambiência de atuação da política pública de assistência social.** Disponível em: <https://revistas.apps.uepg.br/index.php/emancipacao/article/download/10954/209209211350> . Acesso em: 20 set. 2020.

NATALINO, Marco Antonio Carvalho. **Estimativa da população em situação de rua no Brasil.** Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7289/1/td\\_2246.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7289/1/td_2246.pdf). Acesso em: 20 set. 2020.

CERQUEIRA, Daniel. **Atlas da Violência 2018.** Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/180604\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2018.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf). Acesso em: 20 set. 2020.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas de vulnerabilidade social dos municípios brasileiros.** Brasília: Ipea, 2015.

CUNHA, Júnia Valéria Quiroga da e col. RODRIGUES, Monica. **Rua: aprendendo a contar. Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua no Brasil.** Disponível em: [http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia\\_social/Livros/Rua\\_aprendendo\\_a\\_contar.pdf](http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Livros/Rua_aprendendo_a_contar.pdf). Acesso em: 20 set. 2020.

IGUALDADE. **Dicionário online do Priberam.** Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/Igualdade>. Acesso em: 20 set. 2020

VIDA. **Dicionário online do Priberam.** Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/Vida>. Acesso em: 20 set. 2020

LIBERDADE. **Dicionário online do Priberam.** Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/Liberdade>. Acesso em: 20 set. 2020

SEGURANÇA. **Dicionário online do Priberam.** Disponível em:  
<https://dicionario.priberam.org/Seguran%C3%A7a>. Acesso em: 20 set. 2020.

## A DESCONFIGURAÇÃO DA JUSTA CAUSA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

**LUÍS ALBERTO MARQUES PINHEIRO:**

Bacharel em Direito pela Faculdade São Salvador. Pós-graduando em Direito Tributário, Direito Constitucional e Direito Processual Civil pela Unifacs. Pós-graduando em Direito Previdenciário e Direito do Trabalho pela Faculdade São Salvador.

**RESUMO:** O cerne do presente artigo tem como objetivo principal analisar o instituto da Justa Causa no Contrato de Trabalho focando nos possíveis motivos que podem desconfigurar tal modalidade de dispensa. As relações de trabalho muitas vezes são complexas por apresentarem situações que obrigam o empregador a romper o vínculo empregatício sem a vontade do empregado. As espécies de justa causa elencadas no artigo 482 da CLT, e precisam ser interpretadas de forma ampla, a fim de que a sua aplicação seja correta. Com o passar do tempo, o tema tomou um lugar de destaque na esfera jurídica, tendo em vista que hoje em dia é muito comum haver dispensa por justa causa. Porém, quando isto acontece e o empregado não concorda e tenta reverter tal situação, vê-se que é possível que ocorra a desconfiguração da justa causa, mas cabe ao empregado provar e restabelecer o vínculo empregatício.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho. Justa Causa. Empregado. Empregador.

**Sumário:** 1. Introdução - 2. A justa causa; 2.1 Hipóteses legais que caracterizam a justa causa: 2.1.1. *Ato de Improbidade*; 2.1.2. *Incontinência de Conduta ou Mau Procedimento*; 2.1.3. *Negociação Habitual*; 2.1.4. *Condenação*; 2.1.5. *Desídia*; 2.1.6. *Embriaguez no Serviço*; 2.1.7. *Violação de Segredo da Empresa*; 2.1.8. *Ato de Indisciplina ou Insubordinação*; 2.1.9. *Abandono de Emprego*; 2.1.10. *Ofensas Físicas*; 2.1.11. *Lesões à Honra e à Boa Fama*; 2.1.12. *Jogos de Azar*; 2.1.13. *Perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão*. 3. Requisitos para desconfiguração da justa causa: 3.1Nexo causal; 3.2 Proporcionalidade; 3.3 Imediação ou Imediatidade; 3.4 Unicidade da pena. 4 Causas ensejadoras de desconfiguração da justa causa na justiça do trabalho: 4.1. Causas objetivas e subjetivas. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

As relações de trabalho que permeiam empregados e empregadores passam por situações que muitas vezes vão de encontro ao previsto. Sendo assim, observa-se que existem diversos motivos para que a lei ampare o empregador quando haja necessidade de rescindir o contrato de trabalho por justa causa.

O artigo 482 da CLT traz o texto legal que respalda diversas hipóteses que podem ser aplicadas em cada caso concreto de maneira individualizada. Contudo, insta salientar que tais disposições legais devem ser interpretadas concomitantemente com os julgados e orientações jurisprudenciais dadas pelos Tribunais.

Deste modo, é possível afirmar que quando um empregado comete uma das faltas estabelecidas no art. 482 da CLT, o empregador poderá dispensá-lo por justa causa, e por

conta disso o empregado não poderá receber as verbas rescisórias em sua totalidade, bem como ter vários direitos suspensos.

Vale informar que a justa causa só deverá ser aplicada quando o empregado comete uma falta considerada gravíssima, ou seja, abandonar o emprego, furtar algo dentro da empresa, agredir física ou verbalmente o empregador ou algum colega de trabalho, dentre outros motivos que restarão explanados no decorrer desta pesquisa.

Noutra quadra, quando o empregado resolve contestar a sua condição de culpado e busca reverter à situação, o empregador poderá se deparar com uma tentativa de desconfiguração da despedida por justa causa e ter que readmitir o trabalhador.

O empregado também tem direito a se defender, e quando a empresa não aceitar seus argumentos, ele deve pleitear na justiça a anulação da penalidade imposta, ou seja, a não demissão por justa causa. Sendo assim, nestes casos, após averiguar que a rescisão não é cabível, o empregado precisará comprovar alguns requisitos existentes, como: causalidade, tipicidade, gravidade da conduta e imediatidade.

Estas situações perpassam por muitos questionamentos, e, para dirimir as dúvidas que surgem, é necessário recorrer à jurisprudência pátria que ao longo do tempo vai acumulando julgados que embasam as decisões dos magistrados a encontrarem processos com tal objeto.

Assim, vê-se que a relação de trabalho está presente desde muito tempo e com o passar do tempo veio se modificando e exigindo a intervenção do Estado no que concerne à reparação e diminuição dos conflitos, haja vista que em outras épocas o trabalho era visto apenas como algo relacionado ao uso da força física.

Neste contexto, é importante frisar que nesta relação entre trabalhador e o empregador as partes devem exercer seus direitos previstos em lei, e conhecerem as normas que lhe protegem. Entretanto, a dispensa por justa causa surge como uma situação corriqueira, mas que muitas vezes é aplicada de forma incorreta.

## **2. A JUSTA CAUSA**

Corroborando com a busca pela dignidade do trabalhador conforme preceitua a Constituição Federal de 1988, a Consolidação das Leis do Trabalho traz em seu cerne uma gama de informações pertinentes aos Contratos Individuais de Trabalho, elencando todas as formas de vínculo, contratação e rescisão.

No que tange à rescisão, observa-se que o contrato pode ser encerrado tanto pela vontade do Empregador, como pela vontade do Empregado. Entretanto, quando a rescisão ocorre por vontade do Empregador, esta pode ser sem justa causa ou por justa causa.

A rescisão por Justa Causa é objeto de grandes debates e discussões entre doutrinadores e juristas, já que esta não deixa de ser uma forma de rescisão unilateral, onde não há ônus para a parte que rescinde, a não ser o pagamento do saldo de férias vencidas e dias trabalhados.

Delgado afirma que:



Para o Direito brasileiro, justa causa é o motivo relevante, previsto legalmente, que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa do sujeito comitente da infração – no caso, o empregado. Trata-se, pois, da conduta tipificada em lei que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa do trabalhador<sup>1</sup>.

Já Martins, na mesma linha, completa que “para haver a justa causa é necessário um motivo devidamente evidenciado, de acordo com as hipóteses previstas na lei<sup>2</sup>”.

Contudo, importante frisar que, apesar do Empregador possuir o poder de demitir o Empregado que cometeu a infração e resultou na demissão por justa causa, cabe a ele o ônus da prova. Sendo assim, o Empregador é que deverá provar que o empregado fez jus à justa causa.

Gilvan aduz que:

A forma da rescisão por Justa Causa não tem um padrão pra seguir, já que a lei não determina de que forma deve ser feito, mas existem alguns requisitos que devem ser obedecidos. Nossa legislação não prevê a forma da comunicação da dispensa por justa causa, porém há normas coletivas que estabelecem que o empregador deve comunicar os motivos pelos quais o empregado foi dispensado<sup>3</sup>.

Desta forma, observa-se que a lei deveria estabelecer que o empregador fosse obrigado a registrar por escrito as causas que motivaram à justa causa do empregado. Isto respaldaria a empresa para que posteriormente não houvesse reclamações na justiça dando lugar para outras alegações ou questionamentos.

## 2.1 HIPÓTESES LEGAIS QUE CARACTERIZAM A JUSTA CAUSA

O artigo 482 da CLT traz as hipóteses que podem acarretar uma rescisão por Justa Causa, ou seja, a extinção do Contrato de Trabalho:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;

---

1 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

2 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

3 GILVAN. Raulino. A justa causa no contrato individual de trabalho: falta cometida pelo empregado. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Raulino%20Gilvan%20Cim.pdf>

- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.
- m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado.

Parágrafo único: Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional<sup>4</sup>.

Analisando o referido artigo, resta claro que se trata de um rol taxativo e, portanto sempre que houver as faltas acima tipificadas, caberá a aplicação da rescisão por justa causa.

Neste diapasão, fica evidenciado que não se trata de norma exemplificativa, já que será necessário o enquadramento correto da falta cometida pelo empregado para que seja possível a aplicação ou não da penalidade.

Isto porque há certa dificuldade em caracterizar corretamente estas hipóteses, tendo em vista que algumas se confundem e às vezes se completam, fazendo com que os empregadores necessitem recorrer à ajuda de operadores do direito para conseguir caracterizar corretamente a conduta perpetrada pelo funcionário.

### *2.1.1 Ato de improbidade*

---

<sup>4</sup> CLT - Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

Pode-se dizer que houve improbidade quando o trabalhador age de forma que provoque dano ao patrimônio da empresa que ele trabalha ou de terceiro, a fim de auferir vantagem para si ou para outrem.

Nesta seara, vê-se que a improbidade abala a confiança necessária entre empregador e empregado, podendo assim caber uma demissão por justa causa. Ademais, vale salientar que não há diferença se o prejuízo causado foi ou não relevante, já que independente do nível de prejuízo restará configurada como uma e falta passível de punição.

Delgado afirma que “o ato de improbidade se caracteriza pela ação ou omissão desonesta do empregado, para lesar o patrimônio do empregador ou de terceiro<sup>5</sup>.” É possível afirmar que tal ato revela desonestidade, abuso de confiança, fraude ou má-fé.

Cumprido esclarecer que o ato de improbidade é considerado um dos motivos mais graves da demissão por justa causa, tendo em vista que esta conduta perpassa pela falta de honestidade do empregado com relação ao patrimônio do empregador, quebrando assim o pacto de confiança celebrado quando da admissão através do Contrato Individual de Trabalho.

### *2.1.2 Incontinência de Conduta ou Mau Procedimento*

De acordo com os ensinamentos de Martins, incontinência de conduta é:

A incontinência de conduta está ligada ao desregramento do empregado no tocante à vida sexual. São obscenidades praticadas pelo trabalhador, a libertinagem, a pornografia, que configuram a incontinência de conduta. Caracteriza-se a incontinência de conduta quando há assédio sexual de uma pessoa a outra, que não corresponde a corte, ficando constrangida, por inexistir reciprocidade, evidenciando a falta grave para a demissão<sup>6</sup>.

Portanto, observa-se que tal comportamento configura-se como incompatível e irregular no que concerne a moral sexual no ambiente de trabalho. Isto ocorre quando há excessos e comportamentos inconvenientes exemplificado por linguajar inadequado ou gestos.

Ademais, é pertinente destacar que pode ser caracterizada também por ofensas proferidas pelo empregado à um colega ou ao seu superior hierárquico, onde haja pornografia, falta de pudor, obscenidade e desrespeito. Martins segue comentando que “a falta está vinculada à conduta sexual imoderada, desregrada, destemperada ou, até mesmo inadequada, desde que afete o Contrato de Trabalho ou o ambiente de trabalho”.

No que se refere à hipótese de mau procedimento, é pertinente salientar que este está ligado a um ato faltoso, porém abrange vários tipos de conduta. Em outras palavras, pode-se afirmar que tudo o que não possa ser encaixado nas demais faltas elencadas no artigo 482 da CLT será classificado como mau procedimento.

---

5 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

6 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

Sobre esse tema Nascimento assegura:

O mau procedimento caracteriza-se com o comportamento incorreto e irregular do empregado, através da prática de atos que firam a discricção pessoal, o respeito, que ofendam a dignidade, tornando impossível ou sobremaneira onerosa a manutenção do vínculo empregatício, e que não se enquadre na definição das demais Justas Causas, ou seja, são os atos gravemente faltosos que não se enquadram nas demais alíneas do artigo 482 da CLT<sup>7</sup>.

Diante disso, observa-se que a incontinência de conduta em nada tem a ver com o mau procedimento, isto porque a primeira está ligada a um ato de natureza sexual, enquanto que a segunda se configura como uma atitude irregular do empregado, ou seja, engloba todos os demais atos faltosos não elencados no artigo 482 da CLT.

### 2.1.3. *Negociação Habitual*

A alínea “c” do artigo 482 da CLT versa sobre a Negociação Habitual. Esta pode ser caracterizada como uma atividade exercida sem permissão do empregador, principalmente quando constituir concorrência com a empresa que o empregado esteja vinculado. Zanluca explica que:

Ocorre justa causa se o empregado, sem autorização expressa do empregador, por escrito ou verbalmente, exerce, de forma habitual, atividade concorrente, explorando o mesmo ramo de negócio, ou exerce outra atividade que, embora não concorrente, prejudique o exercício de sua função na empresa<sup>8</sup>.

O termo negociação habitual diz respeito aos atos de comércio praticados pelo empregado feito com habitualidade e sem a autorização do empregador. Para que não configure tal situação é preciso que haja concordância do empregador, sendo esta expressa ou tácita.

Noutra quadra, cumpre esclarecer como ocorre a negociação habitual prejudicial ao serviço:

Aqui, na verdade, o centro do tipo jurídico não é o negócio feito ou tentado, mas o distúrbio que causa sua tentativa ou realização no ambiente laborativo. Em princípio, se não houver prejuízo ao serviço, não há a infração mencionada (embora seja difícil imaginar-se que um empregado que se arvore em vendedor informal, atuando, dentro da empresa, de modo permanente, contínuo, insistente e generalizado, não acabe atrapalhando suas obrigações contratuais e o próprio ambiente laborativo). É evidente que esse tipo legal dificilmente

7 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 39ª ed. 2018.

8 ZANLUCA, Júlio César. Rescisão do contrato de trabalho por justa causa do empregado. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/rescisao-de-contrato-de-trabalho-demissao-por-justa-causa-do-empregado/92071/>

ensejaria a pronta aplicação da punição máxima ao obreiro; ele claramente atrai, por sua natureza e menor gravidade, a utilização gradativa das punições de fins pedagógicos<sup>9</sup>.

Neste sentido, vê-se que em ambos os casos poderá haver demissão por justa causa, tanto negociando sem a devida autorização, quanto trabalhando em empresa concorrente sem conhecimento prévio.

#### 2.1.4. *Condenação Criminal*

Em casos de condenação criminal do empregado, tendo este sido réu de um processo e a sentença tenha transitado em julgado, poderá haver dispensa por justa causa. Outra situação que não acarrete tamanha complexidade não poderá ser encarada como motivo para uma demissão por justa causa.

Nos ensinamentos de Zanluca, entende-se que: “A demissão do empregado justificadamente é viável pela impossibilidade material de subsistência do vínculo empregatício, cumprindo pena criminal, o empregado não poderá exercer atividade na empresa.<sup>10</sup>”

Deste modo, observa-se que quando ocorrem outras situações antes de ser decretada a pena, o empregado não pode ser demitido por justa causa. Quando há o pedido de prisão preventiva, faz a suspensão do contrato de trabalho e aguarda a decisão final do processo.

Assim, é possível averiguar que apesar da prisão provisória inviabilizar o cumprimento dos acordos estabelecidos entre empregador e empregado, ela por si só não pode ser motivo para haver uma demissão por justa causa.

Ademais, existem casos em que houve a aplicação de penas restritivas de direito e quando isto ocorre é preciso analisar o quanto tal fato atrapalha a função do indivíduo. Mas, o que rege a CLT é que a condenação criminal do empregado só resta configurada como demissão por justa causa se impedir a realização das atividades laborativas.

#### 2.1.5 *Desídia*

No que tange à desídia, pode-se afirmar que esta é uma das principais causas que motivam uma demissão justificada. Gilvan explica que “quando é feito o Contrato Individual de Trabalho e o empregado se descumpre alguma tarefa, diz-se que ele agiu com desídia, ou seja, transgrediu com o pactuado no contrato<sup>11</sup>”.

---

9 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

10 ZANLUCA, Júlio César. Rescisão do contrato de trabalho por justa causa do empregado. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/rescisao-de-contrato-de-trabalho-demissao-por-justa-causa-do-empregado/92071/>

11 GILVAN, Raulino. A justa causa no contrato individual de trabalho: falta cometida pelo empregado. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Raulino%20Gilvan%20Cim.pdf>

Sendo assim, vê-se que a referida situação se configura quando o trabalhador mostra-se improdutivo, negligente, relapso, desatento desinteressado e alheio ao que rege o seu acerto com o empregador.

Muitas vezes a desídia se confunde com algum problema pelo qual o empregado está passando, nestes casos o empregador deverá analisar para não cometer uma injustiça e demitir por justa causa sem configurar de fato a referida hipótese.

Além disso, frisa-se que não se pode confundir a desídia com as faltas ao serviço, é preciso ver se caracterizará como indisciplina ou como inadimplemento da obrigação de trabalhar.

#### *2.1.6. Embriaguez no Serviço*

A embriaguez é apontada como um dos maiores problemas sociais que acomete os indivíduos atualmente. O excesso de bebida faz com que a pessoa perca o controle de suas ações, do que vai falar, e em alguns casos ocorre até a perda dos sentidos e nos casos mais graves o coma.

Entretanto, vale ressaltar que não é só o álcool que caracteriza embriaguez, as drogas também estão incluídas, tendo em vista que causam efeito inebriante.

Martins deixa claro que “a lei trabalhista tipifica como Justa Causa a Embriaguez e não o ato de beber, o Empregado que bebe eventualmente e isto nada interfere no seu trabalho, não caracteriza a Justa Causa<sup>12</sup>”.

O empregador poderá demitir o empregado por justa causa quando ele gerar uma desarmonia acentuada dentro do ambiente de trabalho. Porém, insta salientar que a CLT não faz distinção quanto ao grau de embriaguez, ou seja, qualquer atitude que seja passível de recriminação devido ao estado de embriaguez que se encontre o empregado será considerado com Justa Causa.

Outro ponto que merece esclarecimento é a cerca da comprovação do estado de embriaguez. Observa-se que esta deverá ser comprovada através de exame médico pericial, para a validade da Justa Causa. Gomes pondera que “a Embriaguez só configura Justa Causa se ocorrer durante o horário de serviço e trazer algum prejuízo à empresa<sup>13</sup>”

Noutra quadra Zanluca esclarece que:

A ingestão de álcool durante o horário de serviço sem que exista embriaguez não tipifica a justa causa. O ato de beber no intervalo para repouso e alimentação como aperitivo ou acompanhamento da

12 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

13 GOMES, Elizeu Domingues. Rotinas Trabalhistas e Previdenciárias. 12ª Ed: Belo Horizonte MG. Promove Artes Gráficas, 2012.

refeição não pode ser considerado com justa causa, desde que o empregado não fique embriagado<sup>14</sup>.

Deste modo, verifica-se que a regra do artigo 482 da CLT deixa explícito que se o empregado estiver embriagado no ambiente de trabalho ele poderá ele ser demitido por justa causa em decorrência da sua conduta ferir os preceitos normativos vigentes.

### *2.1.7 Violação de Segredo da Empresa*

Conforme a literalidade da referida hipótese, observa-se que a violação de segredo da empresa é quando o empregado revela algo referente à empresa que não poderia ser revelado. Exemplo disso é uma informação sobre fluxo de caixa, receitas secretas ou detalhes sobre salários de funcionários, etc. Qualquer coisa que venha a gerar prejuízo para o empregador pode ser considerada como violação de segredo da empresa e pode motivar uma demissão por justa causa.

Sobre esse assunto Delgado assegura:

A fidelidade, lealdade do empregado ao empregador, é característica do contrato de trabalho. O empregador confia no empregado. Este, portanto, não pode revelar os segredos da empresa. Haveria uma perda da confiança do empregador no empregado no ato praticado pelo último ao revelar os segredos da empresa. Tem, portanto, o empregado o dever de fidelidade para com o empregador<sup>15</sup>.

Ademais, importante deixar claro que só caracteriza violação se houver o intuito de prejudicar o empregador sendo o empregado o interessado de causar prejuízo à empresa, já que este tem obrigação de resguardar informações confidenciais.

### *2.1.8 Ato de Indisciplina ou Insubordinação*

Quando o empregado se recusa a cumprir as ordens estabelecidas pelo empregador e age com indisciplina no serviço, pode-se dizer que ele cometeu ato de indisciplina e insubordinação, dando ensejo a uma demissão por justa causa. Isto pode ser caracterizado ao desobedecer desde os regulamentos, circulares, portarias, até as ordens expressas verbalmente por seu superior hierárquico.

Delgado conceitua ato de Indisciplina como:

Indisciplina é o descumprimento de regras, diretrizes ou ordens gerais do empregador ou de seus prepostos e chefias, impessoalmente dirigidas aos integrantes do estabelecimento ou da empresa, ilustrativamente, a regra afixada no portal do salão proibindo o ingresso de pessoas, exceto se protegidas por equipamento de

---

<sup>14</sup> ZANLUCA, Júlio César. Rescisão do contrato de trabalho por justa causa do empregado. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/rescisao-de-contrato-de-trabalho-demissao-por-justa-causa-do-empregado/92071/>

<sup>15</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

segurança, ou a regra afixada nas paredes da fábrica proibindo fumar<sup>16</sup>.

Já a insubordinação pode ser definida assim:

A insubordinação está ligada ao descumprimento de ordens pessoais de serviço. Não são ordens gerais do próprio empregador, mas ordens do chefe, do encarregado, ligadas ao serviço, como o fato de o empregado não fazer serviço que lhe foi determinado no dia. Se a ordem do superior é imoral ou ilegal não se configura a insubordinação<sup>17</sup>.

Deste modo, observa-se que qualquer ordem dada, sendo lícita e sem prejuízo para o empregado, que seja desobedecida, poderá motivar uma demissão por justa causa. O empregado deve estar atento às regras e normas da empresa e compreender a hierarquia da mesma.

#### *2.1.9. Abandono de Emprego*

Uma das mais frequentes demissões por justa causa é motivadas pelo abandono de emprego. Silva pondera que Esta hipótese se configura quando o empregado, por vontade própria e motivo desconhecido do empregado resolve abandonar suas funções laborativas<sup>18</sup>.

Frisa-se que esta hipótese foi enquadrada no rol das motivações de demissão por justas causas com o objetivo de acentuar o ônus probatório do empregador, tendo em vista que a rescisão neste caso ocorre por culpa do empregado.

Nesta seara, cabe o conceito de Nascimento:

Abandono de emprego é a renúncia intencional do emprego, configurando-se com o elemento objetivo, que é a ausência prolongada, e o elemento subjetivo, que é a intenção de não mais continuar a relação de emprego. Para alguns, o abandono de emprego não deveria ser incluído como justa causa porque seria um modo particular, autônomo, de extinção do vínculo jurídico<sup>19</sup>.

A cerca dos elementos que caracterizam o abandono de emprego, tem-se que o principal é a falta ao serviço durante certo período ininterruptamente. Quando a ausência é apenas esporádica ou até mesmo intercalada, esta não pode ser considerada como abandono de emprego.

Outro elemento caracterizador a ser observado é se o empregado demonstrava a intenção de não retornar ao local de trabalho, ou se tem notícias que ele já possuía outro.

---

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

<sup>18</sup> SILVA, Aarão Miranda. *Rescisão Indireta do Contrato do Trabalho*. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2506787](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2506787)

<sup>19</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 39ª ed. 2018.



Cumprido esclarecer que é preciso que o empregador se atente para que quando o suposto abandono for inferior a 30 dias, não se confunda com a justa causa de desídia, já que de qualquer maneira será um caso de negligência do empregado por estar faltando por vários dias contínuos.

Martins enfatiza também que o empregador não pode esquecer a obrigatoriedade de notificar o empregado para que volte a trabalhar e, se for preciso, “coloque um comunicado em um jornal de grande circulação para que seja possível que a informação chegue até ele<sup>20</sup>”. Apesar desta última informação não estar contida na CLT, é um meio que o empregador tem de se resguardar de um posterior processo judicial.

#### *2.1.10. Ofensas Físicas*

Não se admite no ambiente de trabalho discussões exaltadas entre empregador e empregado que remetam a ofensa física e agressões. Silva fala que “é inadmissível para o bom funcionamento da empresa haver situações de briga, pois ensejariam uma demissão por justa causa<sup>21</sup>”.

Segue o autor aduzindo:

As ofensas físicas constituem falta grave quando têm relação com o vínculo empregatício, praticadas em serviço ou contra superiores hierárquicos, mesmo fora da empresa, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem. A falta grave independe da existência de lesão corporal ou ferimento, bastando apenas a ofensa física, como o fato de um empregado esmurrar outro. A legítima defesa irá excluir a falta grave em comentário, sendo que caberá ao empregado prova de tal fato<sup>22</sup>.

Portanto, quando o empregado agredir fisicamente o empregador ou outro colega de trabalho, poderá ter seu contrato rescindido por justa causa.

#### *2.1.11. Lesões à Honra e à Boa Fama*

Quando o empregado profere palavras de baixo calão ofendendo a honra e difamando o empregador ou algum superior hierárquico dentro da empresa, diz-se que ele violou uma regra e por isso poderá ser demitido por justa causa.

Zanluca explica que:

Igualmente a alínea anterior, a hipótese em questão diz respeito ao empregado que se exalta e acaba agredindo verbalmente o empregador dentro da empresa. Neste momento estará configurada a

---

20 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

21 SILVA, Aarão Miranda. Rescisão Indireta do Contrato do Trabalho. Disponível em: <

[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2506](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2506)

22 *Ibidem*.

falta de respeito e a indisciplina, dando motivação assim para uma dispensa justificada<sup>23</sup>.

Situações como esta acontecem mais em empresas com muitos funcionários onde cada um quer impor sua forma de trabalhar.

#### 2.1.12. *Jogos de Azar*

Antes de adentrar ao tema, cabe o conceito de Martins sobre jogos de azar: “Jogo de azar é aquele em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente de sorte.<sup>24</sup>”

Diz-se que ocorreu falta grave do empregado quando este continuamente pratica jogos de azar dentro da empresa e quando este afetar o ambiente, mesmo sendo jogos lícitos.

Para Delgado:

Esta é uma hipótese a ser minuciosamente observada, tendo em vista que pode vir a ensejar uma posterior reclamação trabalhista contra o empregador. Isto porque um jogo em forma de brincadeira no horário de almoço, por exemplo, jamais se configurará como jogo de azar, mesmo que esteja sendo apostado dinheiro<sup>25</sup>.

Noutra quadra, em casos em que reste comprovado que o empregado desobedeceu ao que fora determinado pela empresa, caberá a demissão por justa causa.

#### 2.1.13. *Perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão*

Esta última hipótese de demissão por justa causa foi inserida após a Reforma Trabalhista de 2017, Lei 13.467/17. Assim, é possível perceber que o empregado que motivar a sua demissão em decorrência da perda da sua habilitação para o exercício da profissão devido a conduta dolosa preencherá os requisitos para ser dispensado por justa causa.

A referida alteração legislativa tem como exemplo situações corriqueiras bastante vistas na Justiça Trabalhista, qual seja: um motorista que, em razão de excesso multas e acúmulo de pontuação, perde provisoriamente sua Carteira Nacional de Habilitação e com isso não tem mais como exercer sua função na empresa.

Deste modo, é possível conceber que quando houver uma falta grave cometida pelo empregado que seja incontestável, e posterior averiguação, será promovido pela autoridade competente a situação do empregado e assim, se julgar necessário e entender que o motivo é relevante, haverá a suspensão do contrato de trabalho por justa causa.

---

23 ZANLUCA, Júlio César. Rescisão do contrato de trabalho por justa causa do empregado. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/rescisao-de-contrato-de-trabalho-demissao-por-justa-causa-do-empregado/92071/>

24 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

25 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

### 3. REQUISITOS PARA DESCONFIGURAÇÃO DA JUSTA CAUSA

Apesar das hipóteses elencadas no art. 482 da CLT darem embasamento para caracterizar a demissão por justa causa, é necessário apontar os requisitos existentes para a desconfiguração do referido instituto.

Delgado explica que de um modo geral “a punição deve ser atual, imediata, pois se trata da relação de causa e efeito<sup>26</sup>”, pois assim que o empregador ficar sabendo da prática de ato ensejador da demissão por justa causa, deverá ser aplicada a penalidade, já que caso ele se mantenha inerte diante da infração cometida pelo empregado, estará configurado o perdão tácito.

Contudo, cumpre ressaltar que embora a punição deva ser aplicada de forma imediata, isto não quer dizer que será aplicada ao mesmo tempo do ato infracional, mas no mesmo período em que foi praticado.

Além disso, Branco explica que:

É necessário que se verifique a gravidade do ato praticado, de forma que este impossibilite a continuidade do vínculo. Ao aplicar a justa causa, o empregador deve avaliar cada caso de forma concreta e subjetiva, levando em consideração a personalidade do empregado e os fatos que o levaram a praticar a infração disciplinar<sup>27</sup>.

Deste modo, a justa causa tende a se configurar como uma forma de afastar o empregado infrator e puni-lo pelo ato cometido, contudo é necessário que sejam obedecidos alguns requisitos caracterizadores, caso contrário poderá ensejar a desconfiguração e anulação de todo o processo.

#### 3.1 NEXO CAUSAL

O primeiro ponto a ser observado no que tange a demissão por justa causa é o nexo causal. Este se caracteriza como o elo entre o necessário e imprescindível, ou seja, pode-se dizer que ele é o laço que precisa existir entre a demissão e a prática faltosa.

A relação de causalidade entre a ação ou omissão de conduta humana e o dano verificado é percebida pelo verbo “*causar*”, contido no artigo 186 do Código Civil, que traz: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito<sup>28</sup>.”

Deste modo a jurisprudência evidencia:

Ementa: DISPENSA POR JUSTA CAUSA. A justa causa é a máxima punição, podendo ser aplicada nos casos em que há a quebra

<sup>26</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

<sup>27</sup> BRANCO, Fabiana Arend; PAULO, Marcio Roberto. A justa causa do empregado estável. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.3, p. 315-336. Disponível em: [www.univali.br/ricc](http://www.univali.br/ricc)

<sup>28</sup> Código Civil 2002. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?>

de fúidúcia. Maurúcio Godinho Delgado descreve os seguintes requisitos para a aplicaçúo da penalidade ao empregado: "nexo causal entre a falta e a penalidade; adequaçúo entre a falta aplicada e a pena aplicada; proporcionalidade entre elas; imediatividade da puniçúo; ausênciade perdúo tacuteo; singularidade da puniçúo (*non bis in idem*); inalteraçúo da puniçúo; ausênciade discriminaçúo; caracuteo pedagógico do exercúcio do poder disciplinar, com a correspondente gradaçúo de penalidades". A estes, o autor acrescenta os requisitos objetivos da tipicidade e da gravidade da conduta, e os subjetivos (*dolo* ou *culpa*)<sup>29</sup>.

Além disso, Pamplona Filho ensina que:

Sem o nexo causal, nűo existe a obrigaçúo de indenizar. A despeito da existênciade dano, se sua causa nűo estiver relacionada com o comportamento do agente, nűo haverá que se falar em relaçúo de causalidade e, via de consequênciade, em obrigaçúo de indenizar. Nexo de causalidade é, pois, o liame entre a conduta e o dano.<sup>30</sup>

Deste modo, observa-se que é necessáριο que haja um nexo entre a falta cometida pelo empregado e o efeito imediato que ela gerou, qual seja a motivaçúo para a demissúo por justa causa.

### 3.2 PROPORCIONALIDADE

No que concerne a proporcionalidade, vê-se que o correto é que as penalidades sejam aplicadas de acordo com a gravidade da falta, haja vista o poder disciplinar conferido ao empregador o autoriza a puniçúo ao empregado.

Martins assevera que apesar da CLT nűo mencionar a pena de advertênciade, "a jurisprudênciade pátria já consagra a aplicaçúo da pena de advertênciade como um mecanismo eficaz, entretanto esta deverá ser destinada a punir faltas leves<sup>31</sup>".

É possúvel ainda a aplicaçúo da pena de suspensúo, que de um modo geral é utilizada para punir falta média, deixando a justa causa apenas para as faltas graves que estűo previstas em lei e cuja práticade torna inviável a continuidade do contrato de trabalho.

Ademais, conforme explicado anteriormente, o empregador sűo poderá aplicar justa causa e consequentemente findar o vúnculo empregatúcio se estiverem presentes os requisitos anteriormente mencionados, caso contráριο, a dispensa por justa causa pode ser anulada e revertida em dispensa sem justa causa.

Assim, é possúvel compreender que no caso concreto que para se configurar a justa causa se faz necessária a análise da situaçúo verificand se de fato existe motivo que enseje a

---

29 TRT 2 - RO 00021464120135020078 SP 00021464120135020078 A28. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>

30 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de Direito Civil Responsabilidade Civil. 2.ed. rev. amp.e atual.v.III. 17 ed. Sűo Paulo: Saraiva, 2016.

31 MARTINS, Sêrgio Pinto. Direito do Trabalho. 21. ed. Sűo Paulo: Atlas, 2020.

referida dispensa, pois, existem decisões consolidadas na jurisprudência pátria que reverteram a dispensa e o empregado continuou a laborar normalmente.

### 3.3 IMEDIAÇÃO OU IMEDIATIDADE

Outro ponto a ser observado quando houver a tentativa de reversão da demissão por justa causa em favor do empregado é a questão da imediação ou imediatilidade. Sérgio Pinto Martins explica:

A imediatidade é um dos principais requisitos objetivos na aplicação da sanção ao empregado. A pena deve ser aplicada o mais rápido possível ou logo após o empregador ter conhecimento da falta, para não descaracterizá-la. Se o empregador abre sindicância ou inquérito interno para a apuração da falta, é a partir da sua conclusão que a penalidade deve ser aplicada<sup>32</sup>.

Para alguns doutrinadores a falta cometida e não punida é considerada como falta perdoada, mas isto não anularia o princípio da imediatidade. Contudo, a dúvida recai entre os conceitos de imediação ou imediatidade, haja vista que a lei não define prazo para a determinação da punição por parte do empregador.

Nas palavras de Branco, “assim que o empregador tome conhecimento da prática de ato faltoso, deve providenciar a aplicação da penalidade<sup>33</sup>.” Entretanto, insta salientar que a imediatidade, está vinculada à rápida punição, que deve ser contada a partir da ciência do fato e da autoria do ato inquinado.

Diante disso, é pertinente frisar que é imprescindível a apuração dos fatos para que o empregado não seja punido injustamente e, posteriormente, venha a pedir na justiça a reparação pelos possíveis danos morais causados.

Ademais, em decorrência da inexistência de prazo máximo para finalizar o procedimento previsto em lei, haverá a necessidade de uma averiguação a fim de que fique comprovada a motivação da demissão por justa causa.

Nesta seara, entende-se que o princípio da imediatidade se refere à atitude do empregador, tendo em vista que quando ocorrem casos de falta grave por parte do empregado este precisa ser punido, advertido ou ter seu contrato rescindido por justa causa.

Outrossim, vale ressaltar que o poder de punição do empregador dever ser exercido com boa fé sem caracterizar abuso de poder, já que se isto acontecer pode haver conseqüências jurídicas desfavoráveis a ele.

### 3.4 UNICIDADE DA PENA

---

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> BRANCO, Fabiana Arend; PAULO, Marcio Roberto. A justa causa do empregado estável. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.3, p. 315-336. Disponível em: [www.univali.br/ricc](http://www.univali.br/ricc)

Unicidade da pena ou configuração de dupla punição, diz respeito ao empregador que pune o empregado duas vezes pelo mesmo ato praticado, o que não é permitido.

Os julgados dos tribunais superiores mostram que muitas vezes algumas demissões por justa causa são incoerentes, já que se caracterizam por trazer uma dupla punição para o empregado. Assim:

Ementa: JUSTA CAUSA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DUPLA PUNIÇÃO. É insubsistente a demissão por justa causa com base em falta já punida com suspensão. O ato patronal de dupla penalidade viola frontalmente o consagrado princípio do *non bis in idem*. Quando não provada a versão da defesa por outros meios de prova, presume-se verdadeira a jornada da inicial a justificar as horas extras pleiteadas. A hipótese é a da Súmula 338 do TST, notadamente diante da confissão do preposto da Empresa RECURSO ORDINÁRIO em face da sentença de procedência parcial de fls. 107/110, do Dr. Sergio Rodrigues Heckler, Juiz do Trabalho Titular em exercício na 1ª Vara do Trabalho de Barra Mansa<sup>34</sup>.

Deste modo, observa-se que o empregador deverá aplicar uma pena distinta para cada ato faltoso do empregado, sendo que a causa da dispensa deve ser um fato totalmente diverso dos anteriores praticados por ele.

Martins pondera que:

O empregado não poderá ser punido duas vezes pela mesma falta. Em outras palavras, caso o empregado seja advertido em decorrência de uma determinada falta, não é possível puni-lo posteriormente com suspensão em decorrência da mesma falta anteriormente praticada<sup>35</sup>.

Diante disso, vê-se que é necessário analisar todos os pontos que podem favorecer o empregado no que tange a uma possível reversão e desconfiguração da demissão por justa causa.

#### **4. CAUSAS ENSEJADORAS DE DESCONFIGURAÇÃO DA JUSTA CAUSA NA JUSTIÇA DO TRABALHO**

Conforme fora visto até aqui, a lei atribui ao empregador o direito de punir o empregado em caso de desvios de condutas. Tal poder compreende as advertências, as suspensões e o desligamentos por justa causa.

<sup>34</sup> TRT-1 - Recurso Ordinário RO 3278520105010342 RJ (TRT-1). Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>

<sup>35</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

Contudo, é possível afirmar que não há uma classificação legal de penalidades previstas para determinadas condutas, nem tão pouco uma previsão objetiva sobre o que é considerado proporcional. E, por conta disso, a aplicação de justa causa fica sujeita a subjetividade.

Adequar uma penalidade à infração cometida pelo empregado acaba se tornando algo que dependerá da validação ou não judicial de um juiz. Porém, a depender do caso concreto, a reversão de uma justa causa não pode apenas acarretar a obrigação da empresa em pagar ao ex-empregado verbas devidas, tal reversão pode também acabar em uma indenização por dano moral em razão da possibilidade da Justiça do Trabalho entender que a empresa foi imprudente em desligar o empregado por justa causa.

#### 4.1. CAUSAS OBJETIVAS E SUBJETIVAS

Para que as punições aplicadas ao trabalhador que cometa atos faltosos culminem na demissão por justa causa, é de suma importância que sejam observados os princípios descritos na lei 482 da CLT, e que estes sejam utilizados de maneira correta, pois, não é considerada justa causa sem uma previsão legal que a determine.

Barros explica que:

Para a aplicação das punições trabalhistas, devem ser observados pelo empregador os elementos subjetivos que são relacionados ao empregado e os elementos objetivos que diz respeito à gravidade do ato praticado pelo trabalhador, a atualidade do ato, causalidade, previsão legal, proporcionalidade e ainda a proibição da dupla punição. Entretanto, por desconhecimento das leis trabalhistas o empregador demite o funcionário por justa causa por entender que o ato cometido foi caracterizado como grave sem observância da referida Lei e neste caso, o magistrado pode reverter a demissão em favor da reintegração do empregado ao quadro de funcionários ou condenar ao pagamento das verbas rescisórias como se fosse demitido sem justa causa<sup>36</sup>.

Assim, vê-se que quando a demissão por justa causa não restar claramente caracterizada, o empregador poderá sofrer algumas consequências. Já que, é ponto pacífico que, para que o procedimento de justa causa seja devido e corretamente aplicado, devem ser observados certos procedimentos e prazos.

Corroborando com esse entendimento, Godinho aduz sobre a importância do empregador se resguardar de uma futura demanda por parte do ex-funcionário: “o empregador, pode sofrer a reversão da demissão por justa causa e obrigação de reintegrar o ex-funcionário, além do pagamento de danos morais pelo constrangimento causado ao demitido.<sup>37</sup>”.

Segundo Barros, “a reversibilidade da demissão por justa causa é um fato, que temos que conviver com ele, e este não altera ou não afeta a imparcialidade do juiz ou a segurança

36 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

37 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

jurídica<sup>38</sup>.” Neste diapasão resta claro que a desconfiguração da justa causa é algo possível e que quando ocorre traz conseqüências onerosas para o empregador.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da pesquisa foi possível analisar as ponderações que cercam a questão da demissão por justa causa e sua possível desconfiguração. O artigo 482 da CLT traz as hipóteses que configuram a demissão por justa causa e deixa claro que apenas em decorrência de uma daquelas faltas graves é que o empregado poderá ser dispensado justamente. Outrossim, há possibilidade de reversão da referida demissão quando ficar caracterizada que houve excesso de zelo na qualificação do caso concreto.

Considerando a relevância do tema, foi possível observar que é possível encontrar ocorrências em que o empregador aplica a pena máxima ao empregado, e pouco tempo depois este consegue reverter à situação e ser admitido novamente sem que haja perdas e danos. É claro que para que isto aconteça é preciso provar e aguardar a avaliação do magistrado.

O presente artigo buscou analisar até que ponto a corte superior e a doutrina efetivamente admitem a reversão da demissão por justa causa e a tratam como uma possibilidade do empregado voltar ao seu status *quo ante* sem ter prejuízo e sem haver maiores constrangimentos.

Ademais, registra-se que a hipótese básica que norteou este artigo restou integralmente confirmada, qual seja a justa causa se fundamenta na gravidade do ato faltoso, bem como na previsão legal que motiva a rescisão do contrato de trabalho.

Nesta seara, observa-se que da mesma forma que o empregador deve se respaldar na legislação para que seus atos não sejam revertidos, o empregado deve também conhecer as hipóteses expostas no art. 482 da CLT para que possam ser evitadas tais atitudes, e para que não ocorra uma demissão por justa causa.

Diante do exposto é possível frisar que o tema da demissão por justa causa recebeu uma relevante atenção do legislador constituinte ao abarcar um extenso artigo dentro de uma norma tão importante como a CLT.

## 6. REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11<sup>a</sup> ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

BRANCO, Fabiana Arend; PAULO, Marcio Roberto. **A justa causa do empregado estável**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.3, p. 315-336. Disponível em: [www.univali.br/ricc](http://www.univali.br/ricc)

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2019.

---

<sup>38</sup> BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 11<sup>a</sup> ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.



DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 5. ed. São Paulo : LTr. 2014.

FILHO, Evaristo de M.; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2014.

GILVAN, Raulino. **A justa causa no contrato individual de trabalho: falta cometida pelo empregado**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/>.

GOMES, Elizeu Domingues. **Rotinas Trabalhistas e Previdenciárias**. 12ª Ed: Belo Horizonte MG, Promove Artes Gráficas, 2012.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 9ª Ed. 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 39ª ed. 2018.

NAZARETH, Amanda Cristina Ramos. **Evolução histórica das normas trabalhistas no âmbito mundial e no Brasil**. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=3812](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3812)

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil Responsabilidade Civil**. 2.ed. rev. amp.e atual.v.III. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PELEGRINO *FILHO*. *Antenor. Justa Causa – Atos Atentatórios a Segurança Nacional*. Disponível em : <http://www.pndt.com.br/doutrina/ver/descricao/402>

PLANALTO. **CLT - Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/clt>.

SILVA, Aarão Miranda. **Rescisão Indireta do Contrato do Trabalho**. Disponível em:<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2506](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2506)>

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Jurisprudências**. Disponível em: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)

ZANLUCA, Júlio César. **Rescisão do contrato de trabalho por justa causa do empregado**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/rescisao-de-contrato-de-trabalho-demissao-por-justa-causa-do-empregado/92071>

## POSITIVISMO EXCLUDENTE *VERSUS* POSITIVISMO INCLUDENTE

**JOSÉ CARLOS SEVERO DE OLIVEIRA MATOS**, graduado e mestrando bolsista do CNPq da pós-graduação *strictu sensu* em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, advogado.

**SILVIO GABRIEL SERRANO NUNES**, Doutor em Filosofia pela FFLCH-USP. Estágio de Doutorado na Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne (Bolsa Capes). Advogado. Professor na Escola Superior do TCMSP.

**RESUMO:** O presente artigo pretende desenvolver um estudo do positivismo jurídico do século XX a partir, principalmente, do pensamento de Hans Kelsen e Herbert Hart. Com base em Kelsen, analisaremos o conceito de norma jurídica, a ideia de ordem escalonada, ou seja, a perspectiva hierárquica do direito que é a base do conceito de validade das normas jurídicas, tratando, por fim, da interpretação e da política do Direito. Considerando Hart, serão abordados os conceitos de regras primárias e secundárias bem como o problema da textura aberta da regra e o tema da discricionariedade judicial. Apresentadas as principais ideias do positivismo analítico, pontuaremos o moderno debate acerca do pensamento do professor Wilfrid Waluchow sobre os conceitos de positivismo excludente e positivismo includente, contrapondo-se então as ideias de Waluchow, Hart e Ronald Dworkin. Concluiremos o estudo com nossas ideias a respeito das críticas dessas importantes escolas de pensamento jurídico, discutidas nas principais universidades do país e do mundo.

**Palavras-chave:** Positivismo Includente. Positivismo Excludente. Moral. Norma. Regra.

**ABSTRACT:** This article aims to study the legal positivism on the 20th century, mostly based on Hans Kelsen and Herbert Hart thoughts. In Kelsen, we will analyse the concept of legal norm, the idea of staggered order, or the hierarchical perspective of law, which is the foundation for the concept of validity of legal norms; lastly approaching the interpretation and policy of Law. Based on Hart, the concepts of primary and secondary rules will be examined, as well as the problem of the open texture of the rules and the subject of judicial discretion. Once presented the main ideas of analytical positivism, we will highlight the modern debate about Professor Wilfrid Waluchow's thinking related to the concepts of exclusive and inclusive positivism, contrasting then the ideas of Waluchow, Hart and Ronald Dworkin. The study will be concluded with our view about the criticism of these important schools of legal thought, discussed in the main universities of the country and the world.

**Keywords:** Inclusive Positivism. Exclusive Positivism. Moral. Standard. Rule.

## INTRODUÇÃO

O esforço dos estudiosos em traduzir o direito enquanto ciência marcou profundamente os estudos dos fenômenos jurídicos no século XX. Determinadas questões – o que é o direito? Qual a sua natureza? O direito pode admitir “injustiças”? – protagonizaram o debate acerca de um possível conceito científico do que possa ser considerado “direito”.

A clássica separação entre direito e moral, o formalismo que o caracteriza, a validade das normas jurídicas e o direito enquanto ciência autônoma foram e continuam sendo objeto de importantes obras e serão tratados neste artigo.

Esses temas foram amplamente desenvolvidos pelo positivismo jurídico do século passado, denominado positivismo analítico ou descritivo, sob a ótica de Hans Kelsen e Herbert Hart principalmente. Aqui, este tipo de positivismo será chamado de “positivismo excludente”.

Antes do positivismo excludente, preponderava, se é que assim podemos dizer, o pensamento do direito natural ou jusnaturalismo. Analisaremos o denominado “positivismo includente” a partir do pensamento filosófico contemporâneo de Wilfrid Waluchow, para quem o positivismo jurídico includente representa uma forma viável e mais esclarecedora de teoria jurídica do que seu antagonista, o positivismo excludente.

A respeito do limite entre direito natural e direito positivo, destaca Norberto Bobbio:

[...] pode-se, então, assinalar com toda evidência o limite entre direito natural e direito positivo dizendo: a esfera do direito natural limita-se àquilo que se demonstra *a priori*; aquela do direito positivo começa, ao contrário, onde a decisão sobre se uma coisa constitui, ou não, direito depende da vontade do legislador. (BOBBIO, 1995, p. 22)

Com efeito, no século XVI, fim do período medievo, com a formação dos Estados Nacionais, o direito começou a ser identificado com a lei. Tal concepção teve um impacto significativo, pois, com essa identificação entre direito e lei, isto é, entre o conceito de direito válido e a lei posta pelo legislador, o direito passou a ser caracterizado pelo formalismo, deixando de relacionar-se à ideia de um controle socialmente eficaz para ser reconhecido como a vontade heterônoma do legislador, o que possibilitava afirmar, portanto, que “o direito é a lei”.

Hans Kelsen, o grande expoente do pensamento positivista do século passado, em “Teoria Pura do Direito”, apresenta um conceito de direito cuja estrutura consiste na composição de um repertório de normas jurídicas dinâmicas e organizadas de forma hierárquica, sendo a validade dessa estrutura conferida pelo pressuposto da norma hipotética fundamental.

Para o positivismo jurídico excludente, o direito constitui uma ciência meramente descritiva do fenômeno jurídico, sem a pretensão de explicá-lo e tampouco de realizar julgamentos de valor a seu respeito. Nesse âmbito, o direito não se coloca à mercê de conceitos da moral, política, teologia, metafísica, psicologia, sociologia, entre outras. Para a defesa de uma “ciência do direito”, o positivista “purifica” o direito, afastando-o da relação com outras ciências, do contrário o direito acabaria por tornar-se “impuro”, não-científico.

Por fim, é nosso objetivo desmistificar um verdadeiro truísmo jurídico no que tange a uma suposta relação entre positivismo jurídico e “aplicação do direito”. Veremos no decorrer deste artigo que isto não só não é verdade como causa para a teoria jurídica um grande e grave problema: o subjetivismo nas decisões judiciais, polêmica inaugurada por

Kelsen e Hart e que para o positivismo jurídico includente de Waluchow significa que o positivismo jurídico excludente tanto não é a melhor escolha de teoria jurídica a ser adotada como é a que mais pode gerar inseguranças produzidas por subjetivismos injustificados.

## **1. O POSITIVISMO SEGUNDO HANS KELSEN E HERBERT HART**

Sob a perspectiva do positivismo jurídico baseado no pensamento de Hans Kelsen, iremos tematizar seu conceito normativo de direito, especificamente quanto à estrutura da ordem normativa e à validade da norma jurídica, finalizando esta abordagem com o estudo do capítulo oitavo da “Teoria Pura do Direito”, a respeito da polêmica ideia de “aplicação do direito” e a política jurídica.

Em Herbert Hart, abordaremos o conceito de regras primárias e secundárias, bem como o chamado problema da textura aberta e da discricionariedade.

Hans Kelsen é, sem exagero, um dos mais importantes juristas do século XX para o positivismo jurídico. Em “Teoria Pura do Direito”, sua obra mais conhecida e debatida, no quinto capítulo intitulado “Dinâmica Jurídica”, o autor aponta uma das questões mais controvertidas do positivismo jurídico: a validade da norma jurídica.

Admitindo-se o pressuposto de que o direito seja uma ordem normativa, Kelsen preceitua que as normas jurídicas estabelecem um padrão de comportamento que regulam o comportamento humano. Dizer que uma norma jurídica “vale” equivale a dizer que o padrão por ela estabelecido é vinculativo, ou seja, o indivíduo submetido a essa norma jurídica *deve* se conduzir pelo modo prescrito pela mesma. Segundo Kelsen, a norma jurídica vale e é vinculativa, ou seja, determina o comportamento do indivíduo, porque extrai sua condição de validade de outra norma válida.

Conforme se extrai da “Teoria Pura do Direito”:

Se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens, surge a questão: O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada a esta outra: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade? Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo “vale” (é “vigente”), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma. [...] O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma. (KELSEN, 1999, p. 135)

Se a norma jurídica extrai a sua condição de validade de outra norma jurídica, indaga-se então: quem pode editar normas jurídicas? A resposta desta pergunta central para o positivismo jurídico kelseniano conduz à ideia de autoridade competente. Uma norma jurídica só é válida porque uma autoridade competente a produziu. Assim, toda norma jurídica produzida pela autoridade competente é, a princípio, válida e confere validade a outras normas jurídicas.

Conforme leciona o jurista, quem define a autoridade competente é a própria norma jurídica: “Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas” (KELSEN, 1999, p. 136).

A respeito da validade da norma jurídica e da estrutura escalonada da ordem jurídica, Kelsen assim se manifesta:

Já nas páginas precedentes por várias vezes se fez notar a particularidade que possui o Direito de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se de forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda – em certa medida – o conteúdo da norma a produzir e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. [...] A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. (KELSEN, 1999, p. 155)

Luis Fernando Barzotto, analisando as ideias de Kelsen sobre o direito, pontua um dos mais relevantes problemas do positivismo jurídico: a sua pretensão meramente descritiva do fenômeno normativo, o que aponta que tal teoria não tem uma preocupação de justificar axiologicamente o seu conteúdo:

O positivista não se preocupa com a justificação axiológica das normas, do fundamento entendido como problema do valor das normas. [...] E então se torna perfeitamente compatível com a lógica do sistema, que uma norma seja considerada válida se, e somente se, foi posta por uma autoridade que recebeu o poder de emanar normas obrigatórias por uma autoridade superior, a qual por sua vez foi autorizada por uma autoridade ainda superior. (BARZOTTO, 2007, p. 22)

Portanto, a ordem jurídica, segundo Kelsen, corresponde a uma estrutura escalonada e hierárquica de normas jurídicas, cuja validade é verificada de acordo com a seguinte lógica: a norma inferior extrai a sua validade da norma superior, ambas as normas jurídicas foram postas por uma autoridade competente, assim reconhecida também por norma jurídica. Toda ordem jurídica é validada materialmente por uma Constituição que, sendo a “lei maior”, confere validade a todas as normas jurídicas inferiores a ela, isto é, a todas as demais normas jurídicas.

No que diz respeito ao capítulo oitavo da Teoria Pura kelseniana – “A interpretação” –, desvela-se um dos principais problemas do positivismo jurídico, a interpretação e “aplicação” do direito.

Kelsen preleciona que interpretar uma norma jurídica é realizar uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito. Conforme aponta Kelsen, há duas espécies de interpretação: a que é feita por um órgão que aplica o direito e a que advém de uma pessoa privada, que podemos dizer ser a perspectiva do observador externo. A operação mental de interpretar a norma jurídica fornece ao intérprete molduras que devem ser preenchidas pelo aplicador do direito.

Kelsen explica que essa operação mental de interpretar a norma jurídica, pela própria linguagem da norma, pode ser cercada de indeterminação de sentido, por vezes intencional, por vezes não intencional, o que leva a concluir que, dentro dessa moldura a ser preenchida pelo processo de aplicação do direito, o intérprete irá se deparar com várias opções de interpretação: “o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis” (KELSEN, 1999, p. 246).

Conforme a “Teoria Pura do Direito”:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. (KELSEN, 1999, p. 247)

Admitindo-se os pressupostos kelsenianos, como já exposto, a interpretação fornece várias possibilidades para o intérprete da norma jurídica, especialmente, ao órgão aplicador do direito. Nesse contexto, em face da jurisprudência se extrai a seguinte preocupação: se várias são as possibilidades de aplicação do direito e todas elas decorrem da norma jurídica, existiria *apenas uma* dessas possibilidades como sendo a opção “correta” ou “justa”? Kelsen responde a esse questionamento criticando-o, pois, em sua visão, o ato de interpretar a norma jurídica não é apenas um ato meramente intelectual, mas de *vontade*.

Com isso marca-se o início de uma discussão substancial que circunda a teoria positivista do direito: a aplicação da norma jurídica, para o positivismo, é um ato de escolha? A resposta é sim. E disto decorrem muitos enfrentamentos acerca da subjetividade da aplicação do direito, do suposto descontrole das decisões judiciais, entre outros aspectos.

De acordo com Kelsen:

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única solução correta* (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão

aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de inteligência, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo. (KELSEN, 1999, p. 247-248)

Por fim, Kelsen articula o argumento de que não importa ao aplicador do direito saber qual das possibilidades ofertadas pela interpretação para o preenchimento da moldura é a “correta” ou “justa”, tratando-se esta de uma questão da “política do Direito”, de modo que a escolha da norma a ser aplicada não constitui objeto da ciência descritiva do direito postulada pelo positivismo jurídico:

A questão de saber qual é, entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. [...] Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo de criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. (KELSEN, 1999, p. 252)

Desfaz-se, assim, um truísmo jurídico amplamente proferido em muitos debates e escolas jurídicas quanto a considerar a escola positivista do direito como uma teoria da “aplicação do direito”, não é incomum ler ou ouvir argumentações que associam a aplicação do direito ao positivismo jurídico. Na expressão do professor Pedro Serrano, a aplicação da norma, para a ciência do direito, sob a perspectiva desse positivismo jurídico descritivo e analítico de Kelsen, constitui um “indiferente jurídico”.

Tanto quanto Kelsen, fundamental para a compreensão dessa escola do positivismo jurídico é o pensamento de Herbert Hart.

Herbert L. Hart, professor de Teoria do Direito na Universidade de Oxford durante o período de 1952 a 1968, influenciou de forma decisiva a teoria positivista do direito. Referido jurista, cuja obra é bastante aclamada ainda hoje, foi ainda advogado e funcionário público, prestando serviços à inteligência da marinha britânica.

Com o rico repertório de vida, desenvolveu sua conhecida obra “O Conceito de Direito”, em que apresenta uma crítica ao positivismo de John Austin, seu professor. O conceito de direito de Hart expõe a preocupação de considerar a prática jurídica, bem como o conhecimento filosófico e da linguagem na formulação de sua teoria.

No quinto capítulo da obra em referência, intitulado “O Direito Como União de Regras Primárias e Secundárias”, Hart desenvolve a tese de que o sistema jurídico é composto por regras primárias e secundárias.

Regras primárias são aquelas regras que criam uma obrigação, que impõem ao indivíduo alguma conduta ou proíbem certas ações. Envolvem ações relacionadas a movimentos ou mudanças que a conduta pode gerar no mundo físico.

Hart aponta três defeitos no que concerne à estrutura das regras primárias: (i) a incerteza e a indecisão do intérprete acerca da aplicabilidade de uma regra em dado caso concreto ou quanto ao âmbito de sua aplicação, sendo que esse quadro, segundo o autor, gera angústia; (ii) sua condição estática, pois tanto a estrutura como o conteúdo desse tipo de regra acompanham a marcha lenta e gradual da sociedade; (iii) a ineficácia da pressão social difusa das regras primárias que, delegando a sanção, transfere o ato de punir ao ofendido ou a um grupo social.

Devido a esses defeitos, as regras primárias demandam um remédio, o qual se efetiva com as regras secundárias. De acordo com Hart, as regras secundárias configuram uma espécie diferente das regras primárias, notadamente porque são *relativas* a estas, cuidando de sua criação, alteração ou eliminação.

Segundo Herbert Hart:

O remédio para cada um destes três defeitos principais, nesta forma mais simples de estrutura social, consiste em complementar as regras *primárias* de obrigação com regras *secundárias*, as quais são regras de diferente espécie. [...] Consideraremos sucessivamente cada um desses remédios e mostraremos por que razão o direito pode ser caracterizado de modo mais esclarecedor como uma união de regras primárias de obrigação com tais regras secundárias. [...] Por isso, pode dizer-se de todas elas que estão num plano diferente das regras primárias, porque são *relativas* a tais regras; isto no sentido de que, enquanto as regras primárias dizem respeito às ações que os indivíduos devem ou não fazer, essas regras secundárias respeitam todas às próprias regras primárias. Especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas e alteradas, bem como o fato de que a respectiva violação seja determinada de forma indubitável. (HART, 1996, p. 103-104)

Ronald Dworkin explica o conceito hartiano de regras primárias e secundárias nos seguintes termos:

As regras primárias são aquelas que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade. As regras do direito penal que nos impedem de roubar, assassinar ou dirigir em velocidade excessiva são bons exemplos de regras primárias. As regras secundárias são aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas.



As regras que determinam como o Congresso é composto e como ele promulga leis são exemplos de regras secundárias. Regras sobre a constituição de contratos e a execução de testamentos são também regras secundárias, pois estipulam como regras muito particulares, que governam obrigações legais específicas (por exemplo, os termos de um contrato ou as disposições de um testamento), surgem e são alteradas. (DWORKIN, 2002, p. 31)

Hart pondera que o direito não tem a capacidade de, pelo seu sistema de regras primárias e secundárias, prever toda e qualquer conduta individual, tese já enfrentada por Kelsen de igual forma. Vale dizer, o direito posto, ainda que se esforce em prever uma ampla variação de situações jurídicas, jamais será capaz de esgotá-las. Nesse contexto, Hart introduz o tema da “textura aberta” da linguagem, o que também se dá no âmbito do direito, pois que se utiliza da linguagem e igualmente fica à mercê desse tipo de dificuldade teórica.

Um dado sistema jurídico é identificado pelo fato de que as regras utilizam a linguagem da legislação ou do precedente, tendo em vista que “em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer” (HART, 1996, p. 139). Essa natureza da linguagem, que não oferece a forma da previsibilidade de todas as condutas e atos, é a premissa de Hart quanto à textura aberta do direito.

Como observou Hart, em função desse aspecto da linguagem no geral, atesta-se a impossibilidade de que a legislação e, assim, as regras de um determinado sistema jurídico prevejam todas as hipóteses, em todas as sociedades, de maneira universal e sem falhas, bem como a inviabilidade de que o intérprete da norma encontre uma solução imediata e acabada em face de toda e qualquer regra.

Hart atribui à textura aberta do direito e, portanto, das regras que ele produz, a questão da aplicação do direito, no exato sentido positivista, pois, assim como no capítulo oitavo da “Teoria Pura do Direito”, Hart, a exemplo de Kelsen, “resolve” a textura aberta atribuindo aos magistrados o poder discricionário de “preencher” a indeterminação ou a vagueza de sentido da linguagem de uma determinada regra.

Considerando que o problema da aplicação do direito, segundo Kelsen, se resolve com a política do Direito e, para Hart, na forma de discricionariedade, resta claro que a aplicação do direito não é uma mera tarefa intelectual pronta e determinada. O processo de interpretação, segundo o positivismo jurídico, constitui um ato de vontade do aplicador do direito, que recorre a outras “fontes” para preencher a moldura e resolver o caso concreto criando o direito.

Tendo em vista que, em face do positivismo jurídico, a aplicação do direito é indiferente e constitui antes uma questão para a política do direito ou de discricionariedade, conferida certa liberdade ao órgão aplicador, torna-se evidente que para aplicar o direito outros conceitos e fontes de fundamentação devem ser levados em contas, a contradizer, portanto, a assertiva de que o positivismo jurídico se restringe a uma ciência descritiva do direito, que não leva em conta conceitos de moral, política, etc.

Conforme anota Tércio Sampaio Ferraz Junior, marcar a diferença entre direito e moral constitui uma das grandes dificuldades e simultaneamente um dos maiores desafios da filosofia do direito:

Primeiramente, é preciso reconhecer a similaridade entre normas jurídicas e preceitos morais. Ambos têm caráter prescritivo, vinculam e estabelecem obrigações numa forma objetiva, isto é, independentemente do consentimento subjetivo individual. Ambos são elementos inextirpáveis da convivência, pois, se não há sociedade sem direito, também não há sociedade sem moral. Não obstante a isso, ambos não se confundem, e marcar a diferença entre eles é uma das grandes dificuldades da filosofia do direito. (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 356)

O autor aponta, ainda, que o direito pressupõe normas e princípios morais, segundo seus próprios termos, “a justiça é o *princípio* e o *problema* do direito. Ora, certamente, aquele que lida com as regras do direito, alguma vez em sua vida deve já ter se deparado com a questão acerca da suposta vinculação ou não de preceitos morais ao direito”.

O debate acerca da conexão ou da separação entre direito e moral remonta a outro problema da teoria jurídica que, de modo indireto, relaciona-se à tese da vinculação entre direito e moral: a aparente dicotomia entre direito natural e direito positivo.

Hart afirma que a crítica dos pensadores do direito natural aos positivistas jurídicos é que, segundo aqueles, o direito positivo cuida de indagar questões banais, superficiais e que, ao fim e ao cabo, ignoram outros problemas de maior profundidade.

Embora Hart rechace completamente a tese da vinculação entre direito e moral, admite que o direito positivo deve conter um “mínimo do direito natural”, ilustrado na cooperação que o homem deve ter para voluntariamente construir uma sociedade em que se possa conviver:

Ao considerar os truísmos simples que apresentamos aqui e a sua conexão com o direito e a moral, é importante observar que em cada caso os fatos mencionados fornecem uma *razão* pela qual, uma vez admitida a sobrevivência como uma finalidade, o direito e a moral deveriam incluir um conteúdo específico. A forma geral do argumento consiste simplesmente em dizer que, sem um tal conteúdo, o direito e a moral não poderiam apoiar o desenvolvimento do propósito mínimo da sobrevivência que os homens têm, ao associar-se uns com os outros. Na ausência deste conteúdo os homens, tais como são, não teriam razão para obedecerem voluntariamente a quaisquer regras; e sem um mínimo de cooperação dada voluntariamente por aqueles que consideram ser seu interesse submeter-se às regras, e mantê-las, seria impossível a coerção dos outros que não se conformassem voluntariamente com tais. É importante acentuar a conexão especificamente racional entre fatos naturais e o conteúdo de regras jurídicas ou morais nesta abordagem

do problema, porque é simultaneamente possível e importante fazer averiguações sobre formas relativamente diferentes de conexão entre fatos naturais e regras jurídicas ou morais. (HART, 1996, p. 209-210)

Com essa reflexão realizada por Hart, concluímos este tópico sobre o seu pensamento jurídico no contexto do positivismo jurídico do século XX, sobretudo, as questões da textura aberta do direito e da sua suposta vinculação com preceitos morais. Passamos à análise do moderno pensamento jurídico de Wilfrid Waluchow.

## **2.O POSITIVISMO INCLUDENTE SEGUNDO WILFRID WALLUCHOW**

Wilfrid J. Waluchow é doutor pela Universidade de Oxford, professor do departamento de filosofia do direito da *McMaster University* e um dos juristas modernos que tem tratado sobre teoria jurídica, especificamente, sobre o positivismo jurídico inclusivo ou includente em alternativa ao positivismo jurídico exclusivo ou excludente, aqui referido como o positivismo jurídico do século XX.

Em “Positivismo Jurídico Incluyente”, o jurista realiza uma defesa desta teoria como sendo viável e melhor que o positivismo analítico ou descritivo (positivismo excludente). Na introdução da obra, Waluchow manifesta perplexidade quanto ao estado em que se encontra a teoria jurídica, apontando que as rivalidades, os pontos de vista conflitantes, enfim, os debates entre os positivistas, vêm se tornando infrutíferos a tal ponto de parecer não falarem a mesma língua.

O positivismo jurídico, que pode ser considerado a teoria jurídica “dominante” durante o século passado e ainda neste, sucedeu a corrente jurídica do direito natural ou jusnaturalismo, com expoentes como John Finnis, Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino entre outros, que adequadamente defenderiam: “o direito injusto não parece ser direito em absoluto”.

O jusnaturalismo reivindicava uma forte conexão entre direito e moral. O positivismo jurídico includente foi assim denominado por Waluchow por considerar que direito e moral têm uma conexão que se não é necessária ou forte, por assim dizer, está igualmente longe de ser meramente incidental ou contingente.

A causa da perplexidade que Waluchow transparece em seu texto decorre de o positivismo jurídico admitir, ao menos em tese e como possibilidade teórica, a existência de sistemas jurídicos “perversos” ou “injustos”, em função da posição teórica adotada pelo positivismo jurídico analítico ou descritivo segundo a qual o direito não possui necessariamente um valor moral.

O estudo desenvolvido por Waluchow acerca do positivismo jurídico o leva a questionar:

[...] se o positivismo jurídico não adota um ponto de vista segundo o qual o direito não possui necessariamente valor moral, e os sistemas jurídicos perversos, absolutamente desprovidos de todo valor moral que possa resgatá-los são conceitualmente possíveis, então, o que é o positivismo jurídico?

[...] se a teoria jusnaturalista não é um ponto de vista segundo o qual há um “direito superior” que define uma pauta fundamental e objetiva de justiça que o direito humano só pode violar ao custo de negar o status de direito válido, então, o que os jusnaturalistas vem nos dizendo? (WALUCHOW, 2007, p. 16)

Por oportuno, convém destacar o texto de Jorge Luis Fabra Zamora intitulado “*Wilfrid J. Waluchow: el positivismo incluyente y el constitucionalismo del “arbol vivo”*”, em que se explica a defesa de Waluchow no tocante à *possibilidade* de uma conexão entre direito e a moral política nos moldes formulados pelo mesmo:

O positivismo jurídico incluyente defende a tese da separação “débil”, na qual a moral pode fazer parte dos critérios de validade estabelecidos na regra de reconhecimento, mas isso não ocorre em todos os casos (Waluchow, 1989). Em uma formulação mais técnica, o positivismo jurídico incluyente afirma que é conceitualmente possível, mas não necessário, que uma regra de reconhecimento inclua critérios morais para a validade das normas. Deste modo, o positivismo jurídico pode dar resposta ao desafio de Dworkin sobre as duas teses positivistas: para o positivismo incluyente os exemplos de Dworkin mostram que a moral figura nos critérios de validade em certos sistemas jurídicos contemporâneos, mas o argumento não demonstra que isso ocorra em todos os casos nem destrói a tese social. De acordo com o modelo desenvolvido por Hart, sustenta Waluchow que uma regra de reconhecimento pode ser tão simples como “tudo aquilo que está escrito nas doze tábuas” ou “aquele que reina promulgue no Parlamento”. Entretanto não há nada nas teses do positivismo nem mesmo na natureza do direito que proíba a possibilidade de condições morais de validade jurídica. Assim, as regras de reconhecimento podem incluir diretamente princípios morais como “igualdade” ou “devido processo legal” entre os critérios de validade. De fato, afirma Waluchow, isso é o que ocorre em muitas constituições liberais contemporâneas. Nesses casos, os critérios de moralidade e legalidade andam de mãos dadas, mas não se confundem, como sugere Dworkin, senão que sua união é contingente e depende de sua manifestação na regra de reconhecimento. O positivismo jurídico incluyente, então, captura a intuição dworkiniana sobre o papel da moral nos sistemas jurídicos contemporâneos, mas a apresenta em uma formulação institucional adequada, que é consistente com as teses centrais do positivismo. (ZAMORA, 2018, p. 27-28)<sup>39</sup> [tradução livre]

---

<sup>39</sup> Na versão original em espanhol de **Wilfrid J. Waluchow: el positivismo incluyente y el constitucionalismo del “arbol vivo”**: “El positivismo jurídico incluyente defende la tesis de la separación “débil”, en la que la moral *puede* hacer parte de los criterios de validez establecidos en la regla de reconocimiento, pero esto no ocurre en todos los casos (Waluchow, 1989). En la formulación más técnica, el positivismo jurídico incluyente afirma que es conceptualmente posible, pero no necesario, que una regla de reconocimiento incluya criterios morales para la validez de las normas. De este modo, el positivismo jurídico puede dar respuesta al desafío de

Vale, ainda, a transcrição de trecho do estudo realizado por Vincent A. Wellman em “*Dworkin and the Legal Process Tradition: The Legacy of Hart & Sacks*”, em que é ressaltado o desafio positivista, especialmente as provocações de Dworkin, a respeito da importância do tema para a teoria jurídica: “Seus desafios ao positivismo têm consistentemente enfatizado que certos valores os quais [Dworkin] tem descrito como detentores de características morais são importantes para a teoria do Direito” (WELLMAN, 1987, p. 469)<sup>40</sup> [tradução livre].

Diante dessas inquietações, o jurista apresenta a teoria do positivismo jurídico incluyente e justifica a denominação porque inclui na concepção do direito e sua validade regras de cunho moral e político, argumentando que a teoria situa-se entre o positivismo jurídico de Joseph Raz (positivismo excludente) e a teoria da integridade de Ronald Dworkin (positivismo incluyente) e destacando que, embora sejam teorias rivais, cada qual tem o seu valor e serve à teoria jurídica à sua própria maneira.

Conforme a versão traduzida para o espanhol de “*Inclusive Legal Positivism*” (*Positivism Jurídico Incluyente*):

Em resumo, então, este livro foi elaborado para mostrar que existe uma teoria positivista que fica a meio caminho entre o positivismo excludente de RAZ e a teoria do direito (natural) como a integridade de DWORKIN (que será designada a seguir mais tarde, como <teoria da integridade> [...] Creio que em algum lugar entre as visões opostas de RAZ e DWORKIN está o positivismo legal inclusivo, uma teoria do direito viável e esclarecedora. (WALUCHOW, 2007, p. 18)<sup>41</sup> [tradução livre]

Waluchow aponta que para o positivista excludente não há óbice em admitir que o direito tenha alguma conexão com a moral. Todavia, esta conexão é apenas contingencial,

---

Dworkin sobre las dos tesis positivistas: para el positivista incluyente, los ejemplos de Dworkin señalan que la moral figura en los criterios de validez en ciertos sistemas jurídicos contemporáneos, pero el argumento no demuestra que ello ocurra en todos los casos ni destruye la tesis social. De acuerdo con el modelo desarrollado por Hart, sostiene Waluchow, una regla de reconocimiento puede ser tan simple como “todo lo que esté escrito en las doce tablas” o “lo que Reina promulgue en el Parlamento”. Sin embargo, no hay nada en la tesis del positivismo ni en la naturaleza del derecho mismo que prohíba la posibilidad de condiciones morales de validez jurídica. Así, las reglas de reconocimiento pueden incluir directamente principios morales como “igualdad” o “debido proceso” entre los criterios de validez (Hart, 2000, p. 26). De hecho, afirma Waluchow, esto es lo que ocurre en muchas constituciones liberales contemporáneas. En estos casos, los criterios de moralidad y legalidad van de la mano, pero no se confunden, como sugiere Dworkin, sino que su unión es contingente y dependiente de su manifestación en la regla de reconocimiento. El positivismo jurídico incluyente, entonces, captura la intuición dworkiniana sobre el papel de la moral en los sistemas jurídicos contemporáneos, pero la presenta en una formulación institucional adecuada, que es consistente con la tesis centrales del positivismo”.

<sup>40</sup> Na versão original em inglês de “**Dworkin and the Legal Process Tradition: The Legacy of Hart & Sacks**”: “His challenge to positivism has consistently emphasized that certain values which he has described as having moral characteristics are important to a theory of law.”

<sup>41</sup> Na versão em espanhol: “En resumen, pues, este libro está diseñado para mostrar que hay una teoría positivista que yace a mitad de camino entre el positivismo excludente de RAZ y la teoría del derecho (natural) como integridade de DWORKIN (a la que se designará de aquí em adelante como <teoría de la integridade> [...] Creio que em algún lugar entre los puntos de vista opuestos de RAZ y DWORKIN se encuentra el positivismo jurídico incluyente, una teoría del derecho viable e iluminadora”.

isto é, temporária, momentânea. Portanto, o direito não prescinde da moral, ou seja, não há, segundo o positivismo excludente, uma conexão necessária ou forte entre direito e moral.

Com efeito, aponta o jurista:

Qualquer conexão entre o direito e a moral é só contingente, dependente de se, na realidade, as classes corretas de leis foram criadas de modo correto. Esse ponto de vista é que intentam expressar os positivistas quando afirmam a separação entre o direito e a moral. (WALUCHOW, 2007, p. 96)<sup>42</sup> [tradução livre]

Já o positivismo includente, segundo aponta Waluchow, admite uma conexão entre direito e moral quando a identificação de uma regra de um dado sistema jurídico, assim como a interpretação do conteúdo de determinada norma jurídica ou o modo como a norma jurídica influencia em um caso concreto, podem depender de fatores morais.

O positivista jurídico da escola de Raz, argumenta Waluchow, confunde a validade com a própria existência da norma jurídica, de tal maneira que se a norma existe, logo, ela é válida. Com isso, retornamos a outro conhecido debate jurídico acerca do conceito e da validade do direito: é possível que uma norma viole um direito e mesmo assim permaneça válida? Segundo o positivismo excludente a resposta é sim, pois, para a validade da norma jurídica basta que ela tenha sido posta por uma autoridade competente, conforme visto em Kelsen.

Conforme Waluchow:

O simples feito do que tenha sido ditado por parte de uma legislatura soberana, por exemplo, seria insuficiente para determinar a validade jurídica da regra. Seria-nos demandado decidir se ela viola uma condição moral, por exemplo, a cláusula do devido processo do Ato de Direitos [*Bill of Rights*] estadunidense, que é interpretada por muitos como especificação de equidade, como uma condição (moral) para a validade nos Estados Unidos. (WALUCHOW, 2007, p. 97)<sup>43</sup> [tradução livre]

O autor ora estudado procura defender a tese do positivismo jurídico includente utilizando-se de duas supostas sociedades, sendo a primeira, como o Canadá, regida por uma Constituição rígida que reconhece e outorga aos cidadãos direitos de moral política. Na segunda sociedade, todo o aparato normativo estaria a cargo dos legisladores infraconstitucionais e da atividade jurisdicional.

---

42 Na versão em espanhol: “Cualquier conexión entre el derecho y la moral es sólo contingente, dependiente de si, en realidad, las clases correctas de leyes se han creado de modo correcto. Es este punto de vista el que intentan expresar los positivistas cuando afirman la separación entre el derecho y la moral”.

43 Na versão em espanhol: “El simple hecho de su dictado por parte de una legislatura soberana, por ejemplo, sería insuficiente para determinar la validez jurídica de la regla. Se nos requeriría que decidamos si ella viola una condición moral, por ejemplo, la cláusula del debido proceso del Acta de Derechos [*Bill of Rights*] estadounidense, que es interpretada por muchos como especificación de la equidad como una condición (moral) para la validez en los Estados Unidos”.

Assim, considerando-se uma eventual violação de direitos em uma sociedade do segundo tipo – isto é, aquela em que prepondera a atividade dos legisladores e juízes na produção e na prática judiciária e que não possui uma Constituição rígida que reconheça e garanta direitos de moral política –, é mais provável que esse tipo de sociedade caia em um formalismo jurídico do tipo “o direito é o que o direito é”.

Vale uma vez mais fazer menção ao professor Luis Fernando Barzotto que, relembrando uma das principais ideias do positivismo jurídico enquanto um sistema autopoietico de normas jurídicas, manifesta: “Na expressão precisa de Kelsen: “no sentido jurídico-positivo, fonte do direito só pode ser o direito”” (BARZOTTO, 2007, p. 20).

Certamente, uma das principais características do positivismo jurídico excludente é o formalismo, do qual decorre a ideia de uma validade jurídica autopoietica, trata-se da exata sentença kelseniana novamente: “fonte do direito só pode ser o direito”. O direito é posto ou positivo porque é a expressão da vontade de um terceiro, isto é, a vontade heterônoma do legislador, detentor de legitimidade e autoridade competente para produzir leis.

A adoção do positivismo jurídico excludente, segundo defende Waluchow, é perniciosa, pois o direito, sendo meramente descritivo, sem realizar uma certa análise de valores, sem exigir um compromisso axiológico com determinada moral, fatalmente estará à mercê de manipuladores que nem sempre irão guardar esses compromissos.

Nesse sentido, Luis Fernando Barzotto, sobre a concepção jurídica de “lei” preponderante no período do Estado Moderno ou Absolutista, em que se verifica a predominância jurídica da tese do direito separado da moral, aponta:

A principal função do Estado Moderno, na sua versão absolutista, foi precisamente esta: fornecer um padrão objetivo de resolução de conflitos, a lei, a uma sociedade cujo pluralismo poderia levar à dissolução. A lei é simplesmente um comando do soberano. Ela é identificada como jurídica pela sua origem, e não pelo conteúdo. Ou seja, ela pode ser “justa” ou “injusta” sem que isso afete a sua qualificação jurídica. O *jus* deixa de identificar-se com o *justum*, e passa a ser identificado com o *jussum* (comando) do soberano. Não é necessário recordar que Hobbes é o autor de referência dessa problemática. (BARZOTTO, 2007, p. 14)

Barzotto explica que o positivismo jurídico do século passado, a fim de garantir a segurança das relações sociais pela lei – cuja produção goza de presunção de legitimidade e, por isso, seu conteúdo é apto a requerer a obrigatoriedade de sua observância de forma objetiva e impessoal –, se traduz num sistema de normas jurídicas e não estaria, ao menos em tese, à mercê de subjetivismos ou da política e do poder, reclamando, dessa forma, uma autonomia necessária da moral.

De acordo com Barzotto:

[...] a segurança não fica comprometida somente pelo recurso ao subjetivismo dos juízos de valor (justiça), mas também pela

imponderabilidade da normatividade oriunda da simples atuação do poder (eficácia). A segurança depende, assim, da objetividade e da previsibilidade na identificação do direito, autônomo em relação à moral (valores) e em relação à política (poder). (BARZOTTO, 2007, p. 18)

Destaca-se a leitura realizada por David Dyzenhaus em “*The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle*”, que sintetiza bem a tensão existente entre o pensamento positivista excludente e o positivismo includente, ao tratar da disputa entre liberais e democratas no que tange à relação entre direito e moral política:

Por um lado, temos liberais determinados a preservar os padrões substantivos de moralidade das usurpações estatutárias de legislaturas democráticas. Eles apoiam, portanto, o judiciário como o guardião legal da constituição política. O sistema ideal, para muitos liberais, especialmente nos Estados Unidos da América, entrincheira a moralidade política liberal na constituição escrita – a qual confere aos juízes autoridade para fulminar estatutos jurídicos como inválidos quando esses não podem ser interpretados de forma consistente sob aquela moralidade. De outro lado, temos democratas populistas, referidos anteriormente, que exigem que a lei não seja mais do que a expressão sobre o que o povo de fato quer, ilimitada, na medida do possível, pelos requisitos legais formais e completamente ilimitada por princípios interpretados judicialmente.

Curiosamente, o que esses liberais e democratas compartilham é uma instrumental, basicamente positivista, consideração da lei. A lei é apenas instrumento de valores substantivos estabelecidos pela moralidade política, a divergência consiste somente em se é a filosofia político-liberal ou “o povo” que deve decidir sobre o conteúdo da moralidade. E se parece antiquado sugerir que Dworkin seja um positivista neste sentido muito limitado, vale recordar que uma constante crítica dessa teoria tem sido que ela se resume a uma versão do constitucionalismo americano – a uma teoria política que aclama ter se estabelecido numa ordem legal particular. (DYZENHAUS, 2007, p. 73-74)<sup>44</sup> [tradução livre]

---

44 Texto original em inglês de “*The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle*”: “On the hand, we have liberals determined to preserve the substantive standards of morality from statutory encroachments by democratic legislatures. They thus hold up the judiciary as the legal guardian of the political constitution. The ideal system for many liberals, especially in the United States of America, entrenches liberal political morality in written constitution – one that gives to judges the authority to strike down statutes as invalid when these cannot be interpreted in a fashion consistent with that morality. On the other hand, we have the populist democrats referred to earlier, who require law to be nothing more than the expression of what the people in fact want, unconstrained insofar as this possible by formal legal requirements and completely unconstrained by judicially interpreted principles.

Curiously, what these liberals and democrats share is an instrumental, basically positivist, account of law. Law is just instrument of substantive values established by political morality, and disagreement is about only whether it is liberal political philosophy or “the people” who should decide on the content of morality. And if it seems



Segundo Waluchow, um sistema positivista includente admitiria que as instituições são falhas e que podem errar. Para o positivismo excludente, não haveria como se opor eventual “injustiça” cometida pelo legislador, juiz ou tribunal, pois em se tratando de direito válido e na ausência de um compromisso moral, não há que se falar em injustiça. Para o positivismo includente, o ato lesivo, seja a lei ou algum julgado, já é inválido e, por isso, o tribunal tem o dever adjudicativo de assim o declarar.

Conforme o referido autor:

Um sistema que formalmente reconhece suas próprias limitações, que reconhece que seus legisladores e juízes podem equivocarse juridicamente violando importantes direitos de moral política, parece ser um sistema que imporá o respeito de uma cidadania moralmente iluminada e sensível. (WALUCHOW, 2007, p. 112) 45 [tradução livre]

Waluchow colaciona em seu trabalho outro interessante exemplo para defender o positivismo jurídico includente. Diante do caso concreto, determinado juiz questiona: o que realmente demanda a justiça aqui? Longe de qualquer solipsismo, Waluchow argumenta que aquele juiz, investido no dever de decidir imposto pela lei, sem recorrer à pergunta que o direito faz a si mesmo, não oferece a resposta.

Waluchow desenvolve sua teoria adotando como paradigmas o positivismo jurídico excludente sob a perspectiva de Joseph Raz e o positivismo includente de Herbert Hart e Ronald Dworkin, sendo este último um autor muito mais inclinado às ideias do jusnaturalismo do que propriamente do positivismo jurídico analítico ou descritivo.

Segundo aponta Waluchow, com base nos argumentos de Hart, o jusnaturalismo parte da premissa de que certos aspectos muito básicos da humanidade, como, por exemplo, o desejo pela sobrevivência da espécie, ligados a outros fatos contingentes sobre o meio que nos cerca, resultam na sugestão de que direito e moral estão conectados de forma mais ampla do que meramente contingencial ou acidental. Os próprios preceitos de proteção das pessoas e da propriedade indicam que o direito e a moral compartilham uma necessidade natural que reclama um conteúdo mínimo de direito natural.

Conforme o texto em estudo:

Estou de acordo com os partidários do direito natural de que em certos aspectos o direito e a moral se encontram mais do que apenas contingente ou incidentalmente conectados. Certos aspectos muito básicos sobre os seres humanos, em particular o quase universal desejo de sobrevivência, em que a conjunção com certos outros aspectos contingentes sobre o meio em que nos encontramos,

---

old suggest that Dworkin turns out to be a positivist in this very limited sense, one should recall that a constant criticism of this theory has been that it boils down to a version of America constitutionalism – to a political theory with a claim to have established itself in a particular legal order”.

45 Na versão em espanhol: “Un sistema que formalmente reconoce sus propias limitaciones, que reconoce que sus legisladores y jueces puedan equivocarse juridicamente violando importantes derechos de moral política, parece ser un sistema que impondrá el respecto de una ciudadanía moralmente iluminada y sensible”.

implicam uma “necessidade natural” de que a moral e o direito compartilhem um certo “conteúdo mínimo”. Por exemplo cada um deve incluir “formas mínimas de proteção às pessoas, à propriedade e às avenças”. (WALUCHOW, 2007, p. 100)<sup>46</sup> [tradução livre]

De forma concisa, o debate proposto por Waluchow (ponto crucial também para outros juristas) se propõe a responder a seguinte pergunta: a teoria do direito admite que uma lei “injusta” ou “iníqua” possa ser considerada válida? Em outras palavras, uma lei injusta pode ser válida?

O positivismo analítico, precipuamente segundo a Teoria Pura de Kelsen, argumenta que a ciência jurídica é meramente descritiva do fenômeno jurídico e assim o é para permitir que o direito seja “purificado”. Todavia, conforme aponta Waluchow, tal argumento não subsiste para rechaçar a proposta do positivismo includente, pois como pode a ciência jurídica nascer e permanecer “pura” se o próprio objeto de sua análise é totalmente “impuro” (WALUCHOW, 2007, p. 120)?

O último capítulo da obra em comento aborda o pós-escrito de Hart, nele Waluchow aborda o que aparenta ser uma flexibilização da teoria hartiana quanto à separação total entre direito e moral, ou melhor, entre estandartes do positivismo jurídico excludente, com a proposta do positivismo jurídico includente como alternativa mais esclarecida da teoria do direito.

O positivismo jurídico excludente representaria uma boa teoria para os casos “fáceis”, pois permite a significação “óbvia” da norma aplicada, sendo rechaçada pelo jurista (WALUCHOW, 2007, p. 286-287). Nos casos “difíceis”, e não somente nesses, é evidente que o positivismo analítico não oferece melhor solução a não ser a discricionariedade ou a da política do direito. Waluchow, portanto, defende a teoria do positivismo jurídico includente como a melhor teoria não somente para explicar o direito e descrevê-lo, como também para considerar os preceitos de moral política no próprio conteúdo das normas jurídicas.

A adoção do positivismo jurídico includente, como defende Waluchow, resultaria num verdadeiro ato de sabedoria para a prática e para a teoria jurídica.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Torna-se praticamente impossível exaurir em tão poucas palavras a grande controvérsia acerca do positivismo jurídico. Muito longe também de lançar mão das valorosas contribuições de Hans Kelsen e Herbert Hart, expoentes insuperáveis da teoria jurídica, a oferta do positivismo includente de Wilfrid Waluchow, certamente pode enriquecer ainda mais a boa técnica jurídica.

---

<sup>46</sup> Na versão em espanhol: “Estuvo de acuerdo con los partidários del derecho natural en que en ciertos aspectos el derecho y la moral se encuentran más que sólo contingente o incidentalmente conectados. Ciertos hechos muy básicos sobre los seres humanos, en particular el casi universal deseo de supervivência, en conjunción con ciertos otros hechos contingentes sobre el médio en que nos encontramos, implican una “necesidad natural” de que la moral y el derecho compartan un certo “contenido mínimo”. Por ejemplo cada uno debe incluir “formas mínimas de protección para las personas, la propiedad y las promesas”.

A estrutura e o repertório desenvolvidos por Kelsen na “Teoria Pura do Direito” não só marcaram toda uma geração de juristas como a riqueza de sua obra perdura na contemporaneidade. A ciência do direito jamais poderia ser assim chamada sem o aporte da teoria kelseniana. Porém, o afã pelo rigor técnico, a busca pela “pureza” e formalismo transformaram a teoria positivista do século passado em um foco de polêmicas, sobretudo em decorrência do controverso capítulo oitavo da obra em apreço.

Com efeito, vemos com olhos ressabiados a política do Direito. Kelsen, na incessante busca por um direito supostamente “puro” delegou seu rigor científico às subjetividades do aplicador da norma jurídica. Hart, por seu turno, não seguiu caminho diverso com sua ideia de textura aberta do direito, tornando a discricionariedade conceito análogo à política do direito.

O debate acerca da conexão contingente ou não entre direito e moral talvez seja a principal preocupação do filósofo do direito. Um sistema jurídico cuja validade seja “o próprio direito” tem, no nosso sentir, um grande potencial de deturpação da prática jurídica. Oxalá tivéssemos uma forma mais simples, sem prejuízo da qualidade intelectual, para explicar, afinal, o que é o direito.

Jamais foi nossa pretensão responder a esse questionamento. Entretanto, no esforço de desenvolver este artigo, pareceu-nos que, de fato, o positivismo jurídico includente consubstancia a melhor base teórica para explicar o direito e assumir suas dificuldades conceituais e práticas.

É certo que o direito deve se distanciar de delírios e imprecisões tanto dos conceitos indeterminados, como também da total ausência de controle dos atos judiciais sem que, para isso, tenhamos que violar os pressupostos mais comezinhos do positivismo jurídico excludente que pretende ser – como de fato o é – a forma mais usual e hegemônica para descrever e explicar os fenômenos jurídicos.

Por outro lado, é igualmente sedutor e perigoso que o direito possa, em algum grau, ser identificado com o “justo” ou com o “correto”. Parece-nos cada vez mais claro, nos termos propostos por Waluchow, que o positivismo jurídico includente seja mesmo um caminho entre o jusnaturalismo – que teve e ainda tem a contribuir para a teoria jurídica – e o positivismo analítico do século XX.

Conforme salientou Tércio Sampaio Ferraz Junior, nossa preocupação hoje e para o futuro deve-se manter em distinguirmos, sem utilizar separações radicais, entre o direito e a moral. Tal desafio está à altura deste século, teorias e práticas devem dialogar a fim de encontrarmos, hoje e amanhã, a melhor forma de transmitir o conhecimento acerca do direito e de sua filosofia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo – Uma Introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DYZENHAUS, David. **“The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle”**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão e dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HART, L. A. Herbert. **O Conceito de Direito**. (No original em inglês *The Concept of Law*). 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Biblioteca Liceu Salesiano – Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ZAMORA, Jorge Luis Fabra. Wilfrid J. Waluchow: el positivismo incluyente y el constitucionalismo del “árbol vivo”. Bogotá, **Revista Diálogos de Saberes**, n. 49, p. 25-41, jul./dez. 2018.

WALUCHOW, Wilfrid. J. **Positivismo Jurídico Incluyente**. Tradução de Marcela S. Gil e Romina Tesone. Revisão de tradução de Hugo Zuleta. Madrid: Marcial Pons, 2017.

WELLMAN, Vincent A. **“Dworkin and the Legal Process Tradition: The Legacy of Hart & Sacks”**. 29 Ariz. L. Rev. 413 (1987). Disponível em: <<https://digitalcommons.wayne.edu/lawfrp/148>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

## **DISTINÇÕES ENTRE OS INSTITUTOS DA PASSAGEM FORÇADA E A SERVIDÃO DE PASSAGEM**

**CAROLINA ZANDONAI:**  
bacharela em Direito pela  
Universidade do Vale do Itajaí -  
UNIVALI, pós-graduanda em  
Direito Processual Civil pelo  
Damásio Educacional/Ibmec São  
Paulo e advogada -OAB/SC.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objeto o estudo sobre as distinções entre a passagem forçada e a servidão de passagem. Para isso, foram abordados aspectos gerais acerca do direito de vizinhança e dos direitos reais, seguidos do direito de passagem forçada e servidão de passagem e suas respectivas formas de extinção, por fim, foi abordado os meios de proteção jurídica de ambos os institutos. Na metodologia foi utilizado o método indutivo. Ao final constatou-se que apesar da passagem forçada e da servidão de passagem serem institutos parecidos, são diferentes pois aplicadas em hipóteses distintas.

**Palavras-chaves:** Vizinhança. Direito Real. Passagem. Servidão.

**ABSTRACT:** This article aims to study the distinctions between forced passage and easement of passage. For this, general aspects about the right of neighborhood and real rights were approached, followed by the right of forced passage and easement of passage and their respective forms of extinction, finally, the means of legal protection of both institutes were addressed. In the methodology, the inductive method was used. In the end it was found that although the forced passage and easement of passage are similar institutes, they are different because they are applied in different hypotheses.

**Keywords:** Neighborhood. Real Rights. Passage. Easement.

**SUMÁRIO:** Resumo; Introdução; 1. Introdução ao Direito de Vizinhança; 2. Introdução aos Direitos Reais; 3. Da Passagem Forçada; 3.1 Extinção da Passagem Forçada; 4. Da Servidão de Passagem; 4.1 Extinção da Servidão de Passagem; 5. Proteção Jurídica de Ambos os Institutos; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo científico tem por objeto o estudo da passagem forçada e da servidão de passagem, e seu objetivo é analisar a diferenciação entre ambos os institutos.

Para tanto, abordou-se primeiramente os aspectos gerais acerca do direito de vizinhança que regula as relações entre aquelas pessoas que possuem propriedade ou posse próximas – vizinhos –, podendo ser acionado tal direito sempre que houver o uso anormal da propriedade ou posse, sendo que tal direito pode ser concedido em alguns casos de forma gratuita e em outros onerosa.

Após, tratou-se dos aspectos gerais dos direitos reais que regulam o poder das pessoas físicas ou jurídicas sobre um bem apropriável, bem como a sua classificação seguido do direito de seqüela existente apenas no que concerne aos direitos reais, e o direito de preferência.

Em seguida, abordou-se o direito passagem forçada e a servidão de passagem. Na passagem forçada, para a sua concessão, é necessário que o imóvel esteja sem acesso à via pública, nascente ou porto, bem como deve ser pago uma indenização ao dono do imóvel que for obrigado a conceder tal caminho, já na servidão de passagem, o imóvel que pleiteia o caminho não está encravado, mas requer por motivos de utilidade e comodidade que o dono do prédio vizinho conceda a passagem, bem como as suas respectivas formas de extinção.

Por fim, abordou-se as formas de proteção jurídica de ambos os institutos, sendo cabível em relação a passagem forçada a ação de instituição de passagem forçada caso o dono do prédio vizinho se recuse a conceder tal passagem e as ações possessórias após a sua constituição, já para a servidão, como não é obrigatória a sua concessão portanto não há meio judicial, em regra, para constituí-la, salvo os casos de usucapião atendidos os seus requisitos, e após sua constituição, haverá alguns meios de defesa para proteger o direito real, como por exemplo as ações possessórias.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre os institutos da passagem forçada e da servidão de passagem.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação<sup>47</sup> foi utilizado o Método Indutivo<sup>48</sup>, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano<sup>49</sup>, e, o Relatório dos Resultados expresso no presente artigo científico é composto na base lógica indutiva.

---

47 “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 87.

48 “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 91.

49 Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente<sup>50</sup>, da Categoria<sup>51</sup>, do Conceito Operacional<sup>52</sup> e da Pesquisa Bibliográfica<sup>53</sup>.

## 1. INTRODUÇÃO AO DIREITO DE VIZINHANÇA

O direito de vizinhança serve para regular as relações daquelas pessoas detentoras da propriedade ou posse de imóveis próximos, ou seja, os vizinhos, no intuito de ponderar os direitos e limites destas pessoas e assim, consequentemente, manter a ordem na sociedade bem como é uma forma de tentar assegurar a harmonia entre os envolvidos.

Destaca-se que, vizinho não é apenas aquele que se encontra em terra limítrofe a de outrem, mas também aquele que se encontra nas redondezas capaz, de uma forma ou outra, gerar qualquer incômodo.

Neste sentido leciona Fábio Ulhoa Coelho<sup>54</sup>:

Não se compreendem, assim, no conceito de vizinhança somente os imóveis confinantes (pegados), mas todos os que, por sua maior ou menor proximidade, geram ou podem gerar interferências recíprocas. Não há, por conseguinte, um padrão determinado de proximidade para identificação de prédios vizinhos. [...]

O direito de vizinhança pode ser classificado como gratuito e oneroso. Oneroso quando um dos vizinhos de alguma forma está se utilizando do prédio alheio terá que pagar uma indenização ao outro, e gratuito quando apesar de haver um proveito por parte de um dos vizinhos não será obrigado a pagar indenização.

O direito de vizinhança pode ser acionado sempre que houver o uso anormal da propriedade ou posse e questões ligadas as árvores limítrofes, passagem forçada, águas, direito de tapagem e de construir.

## 2. INTRODUÇÃO AOS DIREITOS REAIS

---

50 “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.

51 “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 27.

52 “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 39.

53 “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 215.

54 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas, Direito Autoral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4. p. 363-364. Disponível em: <<https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>>. Acessado em: 05 de novembro de 2020.

O direito real é um ramo do direito das coisas que trata acerca do poder das pessoas – física ou jurídica – sobre um bem apropriável que em regra é corpóreo, mas nada impede que um bem incorpóreo seja suscetível de algum dos direitos reais.

Difere-se do direito das obrigações uma vez que o direito real possui efeito erga omnes e une um determinado bem a determinada (s) pessoa (s), enquanto que o direito obrigacional vincula apenas as partes envolvidas, unindo os sujeitos sem necessariamente haver um bem entre estes.

Acerca do assunto, dispõe o autor Carlos Roberto Gonçalves<sup>55</sup>:

Com efeito, as normas que regulam os direitos reais são de natureza cogente, de ordem pública, ao passo que as que disciplinam o direito obrigacional são, em regra, dispositivas ou facultativas, permitindo às partes o livre exercício da autonomia da vontade.

Os direitos reais estão elencados no art. 1225 do Código Civil, como por exemplo: a propriedade, a servidão, o usufruto, etc., no entanto, tal rol não é taxativo, podendo-se encontrar outros direitos reais na lei esparsa, como a alienação fiduciária.

Podem ser classificados como *jus in re própria*, que é o direito sobre a própria coisa, ou seja, propriedade, e *jus in re aliena*, que é o direito sobre a coisa alheia, ou seja, hipoteca, penhor, usufruto, etc.

Em consequência ao direito real, o titular deste poder terá o direito de seqüela que é o direito de perseguir a coisa independentemente de com quem o bem se encontre, bem como o direito de preferência, que como o próprio nome diz, dá a preferência ao detentor do direito real, ou seja, quando da alienação do bem terá este detentor o direito de adquirir a coisa nas mesmas condições antecedendo a qualquer pessoa.

### 3.DA PASSAGEM FORÇADA

Todo e qualquer imóvel, sem distinções, necessita ter acesso à via pública, nascente ou porto, pois, caso contrário o imóvel se tornaria inútil uma vez que ficaria literalmente trancando pelos imóveis confrontantes, por tal razão criou-se o instituto da passagem forçada que integra o direito de vizinhança.

Pela passagem forçada o dono do prédio que se encontra encravado tem direito de exigir do vizinho que lhe conceda passagem para a via pública, nascente ou porto. Trata-se de uma exigência amparada pela lei, não podendo o vizinho se negar a dar passagem ao imóvel encravado.

---

55 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 20184. v. 5. p. 36. Disponível em: <<https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>>. Acessado em: 05 de novembro de 2020.



O encravamento dos prédios não é apenas aquele permanente, mas aquele que também em determinados momentos pode se tornar encravado, neste sentido ensina Sílvio de Salvo Venosa<sup>56</sup>:

[...] deve ser considerado encravado o prédio que tenha saída apenas durante certos períodos do ano. O encravamento deve ser, como regra geral, absoluto e natural. Prédio não encravado pode vir a sê-lo como decorrência de fenômenos naturais, inundações, terremotos, quedas de barreiras etc.

Ademais, também será passível de passagem forçada o imóvel cujo acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, considerando-se para tal fato, inclusive, as necessidades de exploração econômica.

Em contrapartida, o dono do imóvel encravado tem o dever de indenizar aquele que concedeu a passagem. Tal indenização levará em conta a diminuição do valor da propriedade em virtude da passagem bem como pela moléstia causada àquele que foi obrigado a conceder o caminho.

Destaca-se que, as partes podem amigavelmente estabelecer onde se dará a passagem, mas na falta de consenso entre estes sofrerá tal constrangimento o vizinho cujo imóvel seja mais natural e mais facilmente se prestar a passagem, ou seja, o mais próximo com o caminho mais curto e que menos onerar as partes.

Nos casos em que houver a alienação parcial de um prédio e devido tal alienação uma das partes ficar sem acesso à via pública, nascente ou porto, caberá ao proprietário da outra parte do prédio dispor da passagem forçada em favor daquele que ficou sem a passagem.

Ademais, ressalta-se que, não é apenas o proprietário que tem direito a pleitear a passagem forçada, mas também, o possuidor, usufrutuário, usuário e habitador, podendo, inclusive, insurgir-se de remédios possessórios para defender a turbação da passagem.<sup>57</sup>

### 3.1 EXTINÇÃO DA PASSAGEM FORÇADA

A passagem forçada não possui um tempo determinado para a sua duração, daí porque ela pode durar dias, meses ou até mesmo anos, o que vai definir a sua extinção é o desaparecimento de sua causa.

<sup>56</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 5. p. 298-299.

<sup>57</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 5. p. 298.

Desta forma, entende-se que, enquanto houver o encravamento do bem, haverá o direito de passagem por força do direito de vizinhança, podendo ser extinto por diversos motivos.

Cita-se como exemplos de extinção da referida passagem a abertura de via pública que passe a dar acesso ao imóvel, antes, encravado, ou ainda no caso de o imóvel desprovido de passagem ser anexado a outro que tem a sua devida passagem.<sup>58</sup>

#### 4.DA SERVIDÃO DE PASSAGEM

A servidão de passagem, também conhecida como servidão de trânsito, é um direito real sobre coisa alheia que pode ser concedido pelo proprietário de um prédio ao outro, por utilidade e comodidade, ou seja, aqui, o prédio dominante (que recebe a servidão de passagem) possui saída a via pública, mas por tais motivos, o prédio serviente (aquele que concede a servidão) lhe dá passagem.

Nesta servidão, o proprietário do prédio serviente não está obrigado a ceder a passagem como ocorre na passagem forçada, sendo a concessão deste direito real dependente da vontade do serviente (faculdade), que caso conceda a servidão terá direito à indenização que deverá ser calculada de acordo com prejuízos sofridos pelo prédio serviente em razão do caminho concedido.

Neste sentido ensina Sílvio de Salvo Venosa<sup>59</sup>:

[...] A servidão é estabelecida para facilitar ou tornar mais útil a propriedade do prédio dominante. Não decorre de um imperativo, mas de busca de utilidade, facilidade ou maior comodidade na satisfação de necessidades do proprietário. Exemplo característico é o direito de passagem forçada.

A servidão pode ser classificada em urbana e rústica, positiva e negativa, contínua e descontínua e aparente e não aparente.

Urbana quando utilizada para utilidade de um imóvel que haja construção, e rústica no sentido da utilidade da servidão encontrar-se no próprio solo do imóvel.<sup>60</sup>

Positiva quando o titular da servidão tem o poder de realizar um ato sobre o prédio serviente, como por exemplo a passagem, e negativa quando o serviente tem que se abster de um ato, tal como não poder construir um muro ou prédio a acima da altura delimitada.

---

58 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 20184. v. 5. p. 403. Disponível em: <<https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>>. Acessado em: 06 de novembro de 2020.

59 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 5. p. 454-455.

60 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 5. p. 456.

Contínua quando após a constituição da servidão não depende de ato humano como o aqueduto, e descontinua quando depende de ato humano, como a passagem de pessoas pela servidão.

Aparente quando as servidões são visíveis como uma passagem em que o caminho está todo demarcado por meio de arames ou madeiras, e não aparentes quando não são visíveis facilmente, como um aqueduto subterrâneo.

Para ter validade a servidão de passagem deve ser registrada na matrícula do imóvel perante o Cartório de Registro de Imóveis, e em regra, as partes compactuam tal direito real mediante contrato – privado ou público –, ou ainda pode estar disposta em testamento, mas, também é possível se adquirir o direito a servidão de passagem mediante ação de usucapião, desde que preenchidos os requisitos legais.

A servidão de passagem é inalienável, mas isso não quer dizer que o imóvel dominante não possa ser vendido, uma vez que este pode ser alienado, e neste caso, a servidão de passagem continuará tendo seus efeitos automaticamente ao novo proprietário do prédio dominante. Do mesmo modo, caso o prédio serviente seja alienado, ainda assim, a servidão persistirá.

Tal direito real pode ser concedido a mais de um imóvel, e as despesas de uso e conservação serão arcadas, salvo disposição expressa em contrário, pelo proprietário do prédio dominante, e havendo mais de um deles, devem ser rateadas entre estes.

Salienta-se que, quando a obrigação de arcar com as despesas for do serviente, este poderá exonerar-se abandonando, total ou parcialmente, a propriedade ao dono do dominante, e caso este se recuse a receber deverá arcar com as despesas da obra.

Por sim, destaca-se que, a servidão de passagem pode ser removida de um local para outro, tanto pelo proprietário do prédio serviente quanto pelo dominante, devendo arcar com as despesas o serviente em caso de não diminuir em nada as vantagens do dominante, ou o dominante em caso de incrementar a sua utilidade e não prejudicar o prédio serviente.

#### **4.1 EXTINÇÃO DA SERVIDÃO DE PASSAGEM**

A servidão, via de regra, não possui tempo determinado para se extinguir, salvo se as partes assim pactuarem, caso contrário, será perpétua enquanto durar.

O Código Civil em seu art. 1.387 caput dispõe que, salvo a desapropriação, a servidão registrada, só se extingue com respeito a terceiros quando cancelada, ou seja, a desapropriação sempre extinguirá a servidão independentemente da vontade das partes.

Tal diploma legal, em seu parágrafo único, ainda estabelece que se o prédio dominante estiver hipotecado, e a servidão estiver mencionada no título hipotecário, para cancelar a servidão, também será preciso o consentimento do credor.

Já nos demais casos a extinção depende que alguém tome o impulso. O art. 1.388 do Código Civil elenca algumas possibilidades do serviente, por meio de ação judicial, cancelar a servidão, sendo elas: a) quando o titular da servidão renunciar tal direito; b) quando houver cessado para o dominante a utilidade ou comodidade que gerou a servidão, e; c) quando o dono do prédio serviente resgatar a servidão.

O art. 1.389 do Código Civil elenca as hipóteses que o dono do prédio serviente tem a faculdade de cancelar a servidão quando: a) pela reunião dos dois imóveis no domínio da mesma pessoa; b) pela supressão das respectivas obras por efeito de contrato, ou de outro título expresso, e; c) pelo não uso durante o período de dez anos contínuos.

Por fim, cumpre ressaltar que, o art. 1.382 do Código Civil dispõe que quando a obrigação com o custeio da servidão for atribuída ao serviente e este, por sua vez, quiser se exonerar de tal encargo, poderá abandonar, total ou parcialmente, a propriedade em favor do dominante, desta forma, acarretaria também a extinção da servidão.

## 5. PROTEÇÃO JURÍDICA DE AMBOS OS INSTITUTOS

Como dito anteriormente, na passagem forçada há a obrigação do vizinho em conceder passagem ao outro, e caso este se negue a ceder o caminho amigavelmente, é possível ingressar com ação de instituição de passagem forçada, onde o juiz irá definir todos os detalhes sobre esse caminho.

Após a instituição da passagem forçada, será possível o beneficiário da passagem se valer das ações possessórias, a fim de defender a posse da passagem contra quem eventualmente provocar-lhe.<sup>61</sup>

Já com relação a servidão de passagem, o dono do prédio vizinho não está obrigado a conceder a passagem, posto que não se trata de imóvel encravado, no entanto, caso este venha a ceder tal direito real por livre vontade e registrado perante a matrícula do imóvel no Registro de Imóveis, o dono do imóvel dominante poderá se valer de algumas ações judiciais.

A começar pela ação confessória, que pode ser proposta pelo beneficiário do direito real em face das pessoas que se insurgirem contra a servidão e tem como finalidade conservar o direito real ou pessoal sobre propriedade alheia.

Também é possível se valer das ações possessórias, quando houver esbulho, turbação ou ameaça ao direito real de servidão, proposta pelo titular de tal direito em face de quem quer que seja que promova tais perturbações.

Caso não haja o registro da servidão na matrícula do imóvel, também é cabível uma ação de usucapião, desde que, preenchidos os requisitos legais, quais sejam: dez anos na posse da passagem de forma pacífica e contínua, com justo título e boa-fé.

---

61 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 5. p. 298.

Contudo, caso este possuidor não tenha justo título, ele também poderá usucapir a servidão de passagem, porém o tempo de posse da passagem pacífica e contínua passará a ser de vinte anos.

Por fim, a ação negatória que pode proposta pelo dono do prédio serviente contra o detentor da servidão, serve para haver uma declaração de exercício abusivo da servidão de forma a restringir a utilização da passagem.<sup>62</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, foi abordado acerca do direito de vizinhança que pode ser acionado sempre que houver o uso anormal da propriedade ou posse pelos vizinhos, seguido dos direitos reais que trata do poder de uma pessoa física ou jurídica sobre um bem apropriável.

Em seguida, tratou-se do direito a passagem forçada sendo obrigatório quando um imóvel se encontra sem acesso à via pública, nascente ou porto, mediante indenização, bem como as suas formas de extinção.

Após, também tratou-se da servidão de passagem sendo concedida apenas se o dono do imóvel cuja passagem é requerida quiser conceder, uma vez que, neste caso, não há imóveis encravados, sendo apenas uma questão de utilidade e comodidade bem como suas respectivas formas de extinção.

Por fim, explanou-se acerca da proteção jurídica de ambos os institutos, sendo que a passagem forçada possui a ação de instituição da referida passagem, caso não seja concedida amigavelmente e ações possessórias, e a servidão possui meios como ações confessória, negatória, possessórias e usucapião.

Desta forma, conclui-se que apesar da passagem forçada e a servidão de passagem possuírem uma certa semelhança, elas são cabíveis em hipóteses diferentes, sendo institutos diversos, cada qual com as suas peculiaridades expostas no decorrer deste artigo científico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas, Direito Autoral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4. Disponível em: <<https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>>. Acessado em: 05 de novembro de 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 5. Disponível em: <<https://drive.google.com/drive/folders/0B760ACboCwf9cFpzRnAxRmthbzA>>. Acessado em: 06 de novembro de 2020.

---

62 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 5. p. 476.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direitos Reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 5.

## **A CONSTITUCIONALIDADE DO RECEBIMENTO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE OU PERICULOSIDADE POR SERVIDORES PÚBLICOS REMUNERADOS PELO REGIME DE SUBSÍDIOS: ESTUDO DE CASO DA SÚMULA Nº 45/2018 DA PGE/AL**

**ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:**  
Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

Uma celeuma bastante atual na seara da Administração Pública – abarrotando o Poder Judiciário – é a que discute a possibilidade de recebimento de adicionais de insalubridade ou periculosidade por servidores públicos remunerados pelo regime de subsídios.

A contenda central envolve a interpretação do texto constitucional, o qual prescreve no artigo 39, 4º, ser o subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

Assim, muitos servidores públicos que possuem o regime jurídico administrativo vinculado ao sistema de subsídios passaram a sofrer uma negativa da Administração Pública quanto à percepção de adicionais de insalubridade ou periculosidade.

A título de exemplo, profissionais da área de saúde – técnicos de enfermagem, enfermeiros, médicos, fisioterapeutas, psicólogos, entre outros – tiveram que suportar a não-percepção de adicional de insalubridade previsto no artigo 7º, inciso XXIII, da Carta Política, apenas porque as suas remunerações eram regidas pelo sistema de subsídios e não de vencimentos.

Fazendo um esclarecimento sobre esse tema, já havia afirmado com bastante categoria a doutrina administrativista brasileira:

[...] No entanto, embora o dispositivo fale em parcela única, a intenção do legislador fica parcialmente frustrada em decorrência de outros dispositivos da própria Constituição, que não foram atingidos pela Emenda. Com efeito, mantém-se, no artigo 39, § 3º, a norma manda aplicar aos ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XIII, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX. Com isto, o servidor que ocupe cargo público (o que exclui os que exercem mandato eletivo e os que ocupam emprego público, já

abrangido pelo art. 7º) fará jus a: décimo terceiro salário, adicional noturno, salário-família, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo a 50% à do normal, adicional de férias, licença gestante, sem prejuízo do emprego e salário, com duração de cento e vinte dias. Poder-se-ia argumentar que o § 4º do art. 39 exclui essas vantagens ao falar em parcela única, ocorre que o § 3º refere-se genericamente aos ocupantes de cargo público, sem fazer qualquer distinção quanto ao regime de retribuição pecuniária. Quando há duas normas constitucionais aparentemente contraditórias, tem-se que adotar interposição conciliatória, para tirar de cada uma delas o máximo de aplicação possível. No caso, tem-se que conciliar os §§ 3º e 4º do artigo 39, de modo a entender que, embora o segundo fale em parcela única, isto não impede a aplicação do outro, que assegura o direito a determinadas vantagens, portanto, igualmente com fundamento constitucional [...]63

Ainda no mesmo sentido, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello também advertia:

Na vedação estabelecida [no art. 39, § 4º, da Constituição da República] só não se incluem as verbas indenizatórias (...). Ao se tratar do limite remuneratório dos servidores públicos, o disposto no art. 39, § 4º, tem que ser entendido com certos com temperamentos, não se podendo admitir que os remunerados por subsídio, isto é, por parcela única, fiquem privados de certas garantias constitucionais que lhes resultam do § 3º do mesmo artigo, combinado com diversos incisos do art. 7º, a que ele se reporta. Por esta razão, quando for o caso, haverão de lhes ser aditados tais acréscimos, deixando, em tais hipóteses, de ser única a parcela que os retribuirá.64

Sob a mesma ótica, o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Alexandre de Moraes em sua obra clássica discorria sobre essa possibilidade:

Não obstante essa vedação [do art. 39, § 4º, da Constituição da República], é importante salientar que o servidor público remunerado por subsídio único faz jus às seguintes verbas: - em face do § 3º, do art. 39: décimo terceiro salário, adicional noturno, salário-família, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, a 50% à normal, adicional de férias (1/3); em face do caráter indenizatório: diárias, ajudas de custo e transporte (...); - parcelas de caráter indenizatório: para efeitos dos limites estabelecidos, a EC n. 47/05 (CF, art. 37, § 11), expressamente, excluiu as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei. Determinou, ainda, como regra de transição (art. 4º, EC n. 47/05), a aplicação de toda legislação em vigor definidora de parcelas de caráter indenizatório, enquanto o Congresso Nacional não editar lei específica sobre o assunto. Aos

---

63 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 607-608.  
64 *In Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 277-278.



congressistas, porém, em face da EC n. 50, de 14-2-2006, está vedado o recebimento de pagamento de parcela indenizatória em razão de convocação extraordinária (CF, art. 57, § 7º)<sup>65</sup>

O mesmo entendimento ainda era perfilhado por ninguém menos que José dos Santos Carvalho Filho:

Não custa lembrar que o próprio art. 39, § 4º, da CF, não pode ser interpretado de forma literal, mas sim em conjugação com o § 3º do mesmo artigo, que manda aplicar aos servidores vários direitos concedidos aos trabalhadores da iniciativa privada, entre eles o adicional de férias, o décimo terceiro salário, o acréscimo de horas extraordinárias, o adicional de trabalho noturno etc. São direitos sociais que não podem ser postergados pela Administração. Por conseguinte, é indubitoso que algumas situações ensejarão acréscimo pecuniário à dita 'parcela única'.<sup>66</sup>

Nesse contexto, já era bastante consagrada na doutrina administrativista a tese da possibilidade de percepção simultânea de adicional de insalubridade ou periculosidade mesmo para os servidores públicos remunerados por subsídio.

Ocorre, porém, que a Fazenda Pública de um modo geral resistia a essa situação, negando esses direitos aos servidores públicos, haja vista que, ao invés de proceder com uma interpretação sistemática do texto constitucional, preferia realizar um esforço hercúleo para sustentar uma interpretação meramente literal e restritiva.

A título de exemplo, no âmbito do Tribunal de Justiça de Alagoas (TJ/AL) vários casos chegaram ao conhecimento do Poder Judiciário, que assim se pronunciou:

**INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DISSONÂNCIA DOS ENTENDIMENTOS DAS CÂMARAS CÍVEIS SOBRE A DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. INCIDÊNCIA DO PERCENTUAL SOBRE O VALOR DO SUBSÍDIO MÍNIMO DA CATEGORIA A QUE PERTENCE O SERVIDOR PÚBLICO. 01- Não há de se falar na incompatibilidade da concessão do subsídio com o adicional de insalubridade, tendo em vista sua natureza constitucional. 02- Ao dispor através do art. 2º da Lei Estadual nº 6.772/2006, que "O percentual pelo exercício de atividades insalubres, devido aos ocupantes de cargos efetivos da Administração Estadual, corresponderá a 20% (vinte por cento), 30% (trinta por cento) ou 40% (quarenta por cento) da retribuição pecuniária mínima, paga sob a forma de subsídio pelo Poder Executivo, conforme se trate da insalubridade de grau mínimo, médio ou máximo respectivamente", não há como dizer que a intenção do Chefe do Poder Executivo foi de estabelecer como base de cálculo do adicional**

<sup>65</sup> In **Direito constitucional administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 169.

<sup>66</sup> In **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 741.

o menor subsídio pago pelo Estado, já que a inserção do aposto explicativo "paga sob a forma de subsídio pelo Poder Executivo" apenas explicita como o adicional correspondente seria pago, não tendo a intenção de vincular o pagamento ao menor subsídio do Estado de Alagoas. 03- É plenamente possível o reconhecimento da compatibilidade do pagamento do adicional de insalubridade com o regime constitucional de subsídios, considerando como base de cálculo o menor subsídio da categoria a que pertence o servidor público, aplicando-se a mesma *ratio decidendi* para os processos que tratam do adicional de periculosidade preconizado no art. 3º da mencionada Lei nº 6.772/2006, por se encontrarem apoiados no mesmo fundamento. INCIDENTE ADMITIDO À UNANIMIDADE DE VOTOS E UNIFORMIZADO O POSICIONAMENTO, POR MAIORIA. (TJAL. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº:0500356-82.2015.8.02.0000. Relator: Des. Fernando Tourinho de Omena Souza. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 5/4/2016. Data de registro: 19/4/2016) (grifou-se)

A par disso, mesmo com os reiterados posicionamentos do referido Tribunal Estadual, a Fazenda Pública persistia na referida tese, o que causava ainda mais litígios perante o Poder Judiciário, além de condenações elevadas em relação a juros de mora, a correção monetária, ao ressarcimento de custas processuais e ao pagamento de honorários de sucumbência.

Além do mais, uma movimentação gigantesca e onerosa da máquina administrativa de várias instituições do Poder Executivo e do Poder Judiciário, bem como das Funções Essenciais à Justiça, para se debruçarem sobre um problema jurídico que poderia ser resolvido com uma interpretação constitucional razoável e sistemática.

Isto, obviamente, sem mencionar as grandes dificuldades por que passavam os servidores públicos a espera de uma solução definitiva para sua vida profissional, privando-se de verbas de natureza constitucional, que são os adicionais de insalubridade ou periculosidade.

Evoluiu, pois, a Fazenda Pública Estadual de Alagoas em seu posicionamento.

Através da Súmula Administrativa nº 45/2018, de 4 de junho de 2018, a Procuradoria Geral do Estado de Alagoas (PGE/AL) se manifestou no sentido de que é juridicamente possível a percepção de adicionais de insalubridade ou periculosidade para servidores públicos remunerados pelo regime de subsídio, nos casos em que a lei concomitante ou posterior àquela que fixou o sistema de subsídio, de forma expressa, preveja o pagamento dos referidos adicionais, nos seguintes termos:

Súmula Administrativa nº 45/2018, de 4 de junho de 2018

O PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, no uso das atribuições que lhe conferem os arts. 4º, inciso X, 7º, inciso XIII, e 11, incisos I, XII e XV, todos da Lei Complementar nº 07, de 18 de julho de 1991, combinado com o art. 50 do Decreto Estadual nº 4.804, de 24 de fevereiro de 2010, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter

obrigatório a todos os órgãos da Administração Pública Direta e Indireta do Estado de Alagoas, a ser publicada no órgão oficial de imprensa do Estado, por duas vezes sucessivas:

**SUBSÍDIO E ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE** A lei que instituiu o regime de subsídio para certa categoria de servidores públicos engloba e põe fim a todas as vantagens pecuniárias previstas no anterior regime de vencimentos. Excepcionalmente, é juridicamente possível a percepção de adicionais de insalubridade ou periculosidade para servidores remunerados pelo regime de subsídio, nos casos em que a lei concomitante ou posterior àquela que fixou o sistema de subsídio, de forma expressa, preveja o pagamento dos referidos adicionais.

Referência: Processo administrativo nº 1204-003833/2016.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS,  
Gabinete do Procurador-Geral, em Maceió, 4 de junho de 2018.

FRANCISCO MALAQUIAS DE ALMEIDA JUNIOR

Procurador-Geral do Estado (grifou-se)<sup>67</sup>

Frente a essas considerações, é importante pontuar a evolução do tratamento deste tema no campo da Administração Pública Estadual de Alagoas, como forma de redução da litigiosidade. Trazendo benefícios ao Poder Judiciário, à Fazenda Pública, às Funções Essenciais à Justiça e, principalmente, aos servidores públicos.

Em tempos de elevada judicialização, medidas como essas devem ser comemoradas, divulgadas e replicadas em todo o Brasil, em busca da efetiva solução extrajudicial de conflitos, notadamente aqueles que envolvem demandas de massa de servidores públicos em face da Administração Pública.

---

67 **BRASIL.** Procuradoria Geral do Estado de Alagoas. Disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/jurisprudencia-administrativa/sumulas>>. Acesso em 26 dez 2020.

## **A INEFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS APLICADAS PELA LEI MARIA DA PENHA**

**BEATRIZ DE ALMEIDA DO CARMO:**  
Bacharelada em Direito pelo Centro  
Universitário de Manaus – CEULM/UBRA

**Resumo:** O objetivo deste trabalho é questionar a eficácia das medidas protetivas aplicadas pela Lei n. 11.340/2006, nacionalmente conhecida como Lei Maria da Penha e, à época de sua criação o objetivo principal era criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, com princípios basilares na Constituição Federal art. 226, §8º e inúmeras Convenções de Combate a violência contra a mulher, alterando de forma significativa o Código Penal e o Código de Processo Penal, mas será que somente essas medidas foram necessárias para coibir os altos índices de violência, a avaliação de acordo com dados apresentados pelo Senado Federal leva ao intuito de questionar a aplicação das medidas protetivas aplicadas pela referida lei. De fato, não há de se questionar a aplicação da lei, mas sim, que medidas deveriam ser tomadas para a sua efetiva aplicação.

**Palavra – chave:** Medida Protetiva. Ineficácia. Maria da Penha.

**Abstract:** The objective of this work is to question the effectiveness of the protective measures applied by Law no. 11.340 / 2006 nationally known as the Maria da Penha Law and, at the time of its creation, the main objective was to create mechanisms to curb domestic and family violence against women, with basic principles in the Federal Constitution art. 226, §8º and numerous Conventions to Combat Violence against Women, significantly altering the Penal Code and the Code of Criminal Procedure, but were these measures only necessary to curb the high rates of violence, the evaluation according with data presented by the Federal Senate leads to the purpose of questioning the application of the protective measures applied by that law. In fact, one should not question the application of the law, but rather, what measures should be taken for its effective application.

**Keywords:** Protective Measure. Ineffectiveness. Maria da Penha.

**Sumário:** Introdução. 1. O processo histórico. 2. A linha do tempo. 3. Da Criação da Lei. 4. Das medidas protetivas antes da Lei 11.340/2006. 5. Do descumprimento. 6. Conclusão. 7. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

A violência contra a mulher é um assunto de extrema relevância social e moral, uma vez que tutela sobre o direito à vida e traz tanta repercussão na mídia, além de sua prática ser extremante repudiável na concepção da visão popular.

Tal prática é uma grande violação aos Direitos Humanos e ao ordenamento jurídico Penal Brasileiro. Nota-se que este delito visa os mais diversos delitos e é importante perceber que a violência não é somente física, mas psicológica, moral, sexual e patrimonial (art. 7º, incisos I,II,III, IV e V da Lei 11/340/2006).

Referente à ineficácia das medidas protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha, do qual trata o tema deste trabalho, ver-se que é um crime que tem por objeto a liberdade da vítima, é um crime com grande repercussão geral, os agentes usam de inúmeras artimanhas, submetendo as vítimas a condutas que ofendam sua integridade ou saúde corporal.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, elenca a Liberdade, em seus vários sentidos, como um Direito Inerente à Dignidade da Pessoa, já o Código Penal Brasileiro é a última “*ratio regum*”, cuidando apenas dos bens jurídicos mais importante da sociedade e a medida protetiva de urgência deferida pelo juiz é para a proteção integral da vítima e se não respeitados os termos da legislação ou não houver meios para sua efetiva seguridade, torna-se ineficaz, nestes termos a sociedade acompanha a progressão das agressões e mortes contra a vida da mulher.

## 1. O PROCESSO HISTÓRICO

A história do direito da mulher permeia séculos de lutas dentro e fora do Brasil, o gancho por mudanças inicia-se na década de setenta, com o slogan “quem ama não mata”, inundando as ruas para um processo de mudança, em deslinde o fator principal fora o caso de Ângela Maria Fernandes Diniz, uma socialite brasileira assassinada em uma casa na Praia dos Ossos, em Armação dos Búzios, no estado do Rio de Janeiro, pelo seu até então companheiro, Doca Street.

Em sua defesa, o advogado de defesa de Doca Street, o criminalista Evandro

Lins e Silva, alegou, “legítima defesa da honra com excesso culposo”, no entanto, inúmeras mulheres inconformadas com a decisão na época, ecoaram as suas vozes em busca de justiça pela memória de Ângela, não como mera pessoa da sociedade, com reputação imoral por ser desquitada, mas como ser humano que tinha livre arbítrio de fazer suas próprias escolhas.

Nas décadas de oitenta e noventa, os movimentos feministas buscaram aprimorar questões governamentais para a inclusão de temáticas de proteção à mulher e somente no final da década de oitenta fora criada a 1º Delegacia especializada de atendimento às mulheres.

Na década de noventa já existiam projetos pontuais de proteção à vida da mulher, tais como, Lei 7.209/1984, modificando o artigo 61 do Código Penal, referente às circunstâncias que agravavam a pena se praticado contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, *in verbis*:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

Em termos de vitórias, a Lei 8.930/1994 deu nova redação ao artigo 1º da Lei 8.072 de 1990, estabelecendo nos incisos V e VI que o estupro e o atentado violento ao pudor eram crimes hediondos:

Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art.

5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

Art. 1º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único);

VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, **caput** e parágrafo único);

## 2. A LINHA DO TEMPO

Ressalta – se que o tema permeia diversas faces, primeiramente entender o que diz respeito à função da mulher na sociedade e a proteção especial que fora sendo construída no decorrer do tempo. O site do Instituto Maria da Penha simplifica o caso em uma única frase, “O caso Maria da Penha é representativo da violência doméstica à qual milhares de mulheres são submetidas em todo Brasil.”

Maria da Penha, farmacêutica bioquímica, mulher até então normal perante à sociedade, cheia de sonhos e planos, teve sua vida tragicamente mudada, traçando uma jornada de 19 anos e 6 meses por justiça.

Mas, o grande questionamento é: justiça pelo quê e porquê?

Na linha do tempo, Maria da Penha começa a namorar Marco Antonio, homem até então amável, inteligente, educado, o tipo perfeito perante à sociedade, no entanto só Maria conseguiria imaginar o que estava por acontecer.

Em 1976, após o nascimento da primeira filha, a finalização do seu mestrado, a mudança de cidade e o advento de outros 2 filhos, o retrato de marido perfeito começa a mudar, o ciclo de violência inicia, bem como, as tensões diárias, as brigas, o pavor, o arrependimento, o retorno carinhoso logo após as brigas e as promessas de mudanças, um *loop* infinito de falsas promessas.

Até chegar o fatídico ano de 1983, Maria torna-se mais uma para estática de mulheres brutalmente violentadas, o amável, mas não tão amável marido, Marco Antonio Heredia Viviros, atira contra as costas de Maria enquanto ela dormia, resultando em lesões irreversíveis, deixando Maria paraplégica.

Se não bastasse os traumas físicos, era necessário lidar com os traumas psicológicos deixados por seu ex-marido, Marco dizia que se tratava de uma tentativa de assalto e seu objetivo era meramente defender o seu patrimônio, depois de tudo isso, Maria retorna para casa e é novamente submetida a torturas durante 15 dias, até que o marido tenta mata-la eletrocutada em uma banheira.

### 3. DA CRIAÇÃO DA LEI

Maria da Penha Maia Fernandes, nasceu em Fortaleza-CE, em 1º de fevereiro de 1945, conheceu Marco Antonio Heredia Viveros, colombiano, em 1974, naquele mesmo ano começaram a namorar. Ele demonstrava-se muito amável, um namorado realmente educado, prestativo, carinhoso e solidário com todos a sua volta.

O casamento aconteceu em 1976, após o nascimento da primeira filha e da finalização do mestrado de Maria da Penha, eles se mudaram para Fortaleza, onde nasceram as outras duas filhas do casal, então a história de casal apaixonado, de homem cuidadoso e protetor começa a mudar, Marco Antonio mostra uma “face” até então desconhecida. (INSTITUTO MARIA DA PENHA)

As agressões começaram a ser constantes quando Marco conseguiu a cidadania brasileira e se estabilizou economicamente e profissionalmente, exaltava-se com facilidade, tinha comportamento totalmente explosivo, não só com Maria, mas também com as próprias filhas. (INSTITUTO MARIA DA PENHA)

Até o fático ano de 1983, que mudará totalmente a vida de Maria da Penha, a mãe, farmacêutica bioquímica, com mestrado em Parasitologia em Análises Clínicas, tinha agora que encarar uma das suas histórias de superação mais longa e difícil da sua vida.

No ano de 1983, Maria da Penha foi vítima de dupla tentativa de feminicídio por parte de Marco Antonio Heredia Viveros, levando um primeiro tiro em suas costas enquanto dormia, ocasionando lesões irreversíveis, que a deixaram paraplégica, além dos danos físicos e emocionais.

Ressalta-se, era somente o início da história, Marco Antonio alegou à polícia que fora uma tentativa de assalto, **versão desmentida pela perícia**. Quatro meses depois, após duas cirurgias, internações e tratamentos, Maria da Penha voltou para casa, inicia-se a segunda tentativa de “calar” Maria, ele a manteve em cárcere privado durante 15 dias e tentou eletrocutá-la durante o banho. (INSTITUTO MARIA DA PENHA)

Cabe mencionar que a violência não fora somente física por parte de Marco, mas também a violência mental por falta de impunidade, o Instituto Maria da Penha, retrata esse momento como uma das mais graves desta história, a sensação de impunidade por parte da Justiça Brasileira, a certeza que a lei é protecionista, mas depende de quem seja a parte, vejamos:

A próxima violência que Maria da Penha sofreu, após o crime cometido contra ela, foi por parte do Poder Judiciário:

O PRIMEIRO JULGAMENTO DE MARCO ANTONIO ACONTECEU SOMENTE EM 1991, OU SEJA, OITO ANOS APÓS O CRIME. O AGRESSOR FOI SENTENCIADO A 15 ANOS DE PRISÃO, MAS, DEVIDO A RECURSOS SOLICITADOS PELA DEFESA, SAIU DO FÓRUM EM LIBERDADE. (INSTITUTO MARIA DA PENHA)

A segunda injustiça: em 1996 Marco é condenado, no entanto, sob a alegação de irregularidades processuais por parte dos advogados de defesa, mais uma vez a sentença não foi cumprida. (INSTITUTO MARIA DA PENHA)

A dimensão do caso ganhou contornos internacionais, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), denunciaram o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. (INSTITUTO MARIA DA PENHA)

Convém mencionar, mesmo diante do cenário internacional, o Brasil fora omissivo e em nenhum momento durante o processo pronunciou-se sobre o caso.

Por fim, em 2001, após ser notificado 4 (quatro) vezes pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, entre 1998 a 2001, o Brasil mantém-se inerte e silenciado diante das denúncias, o que ocasiona a responsabilização por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica às mulheres brasileiras.

Em 7 de Agosto de 2006, o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, sanciona a Lei 11.340/2006, mas o deslinde da sua criação percorreu inúmeros caminhos, em 2020, um coletivo Feminista formado por um consórcio de ONGs, foi formado para a elaboração de Projeto de Lei para combate à violência doméstica e familiar contra a mulher:

Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA); Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos (ADVOCACI); Ações em Gênero, Cidadania e Desenvolvimento (AGENDE); Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (CEPIA); Comitê Latino – Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM/BR); e Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero (THEMIS), além de feministas e juristas com especialidade no tema. ((INSTITUTO MARIA DA PENHA)

#### 4. DAS MEDIDAS PROTETIVAS ANTES DA LEI 11.340/2006

Antes da criação da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), a violência doméstica contra a mulher era tutelada pela Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais), no art. 69, assim dizia:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima,



providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

~~—Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.~~

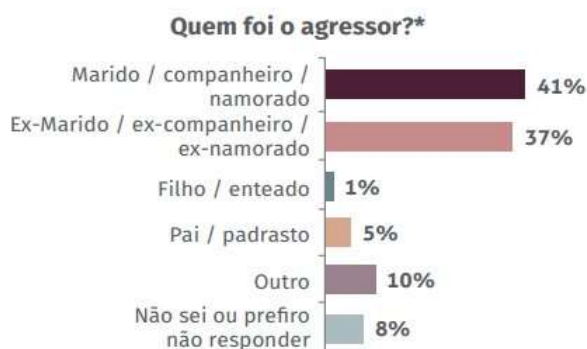
No entanto, a lei não criou medidas capazes de coibir o agressor que tenha medida cautelar deferida contra si, ou seja, constringendo-o a cumprir, busca-se, nestes termos, demonstrar a importância de uma medida coercitiva com vistas a tornar eficaz a medida protetiva prevista na Lei 11.340/2006.

No domínio dos Juizados Criminais, a violência doméstica traz uma problemática singular. A relação da vítima com o agressor e a eventual existência de filhos entre eles são elementos raramente encontrados nos outros delitos de que cuida a Lei. Essa dificuldade intrínseca de se tratar o tema, aliada à generalização de práticas equivocadas, em especial no que toca à aplicação das medidas despenalizadoras, foi uma combinação desastrosa para a reputação do Estado no trato da violência doméstica contra a mulher. (CORREIA, MARTINA)

A Lei dos Juizados especiais – Lei n. 9.099/95, referente à proteção da mulher contra a violência doméstica, não era suficiente para punir de forma adequada o agressor e, tão pouco, servia como efeito pedagógico, motivo pelo qual criou-se a Lei Maria da Penha.

Em uma rápida pesquisa, nota-se que a aplicação da lei 11.340 é importante, no entanto, ineficaz em vários termos quando referente ao cumprimento da medida protetiva.

O Senado Federal no Boletim Mulheres e seus Temas Emergentes, em abril de 2020, fez um levantamento referente à violência doméstica em tempos de pandemia, vejamos:



\*Questão de múltipla escolha respondida por 648 mulheres que afirmaram ter sofrido algum tipo de violência doméstica ou familiar provocada por um homem.

Fonte: DataSenado (2019)

A pesquisa fora feita antes da decretação de confinamento obrigatório devido a Pandemia do Corona vírus, na época cerca de 78% das entrevistadas relataram já ter sofrido algum tipo de violência doméstica por seu marido/companheiro, ex-marido ou

companheiro/filho, enteado ou qualquer pessoa que tenha convívio, fora as que preferiram não responder.

Baseado em dados, existe o relato de real crescimento de violência doméstica no ano de 2020, apesar de dados incertos, em entrevista ao Senado Federal a Coordenadora do Movimento Permanente de Combate à Violência Doméstica do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Maria Cristiana Ziouva, afirma:

Estamos recebendo informações dos tribunais de Justiça de todo o país. Os casos de violência doméstica e de feminicídio aumentaram significativamente nesse período de isolamento”. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, registrou um aumento de 50% nos casos de violência doméstica durante o período de confinamento. (Ziouva, Maria Cristiana)

No entanto, há questionamentos à serem feitos, em relação a base de dados, coleta, armazenamento e comparação dos casos de violência doméstica e a efetiva aplicação da Lei Maria da Penha, dados ainda incertos com pequena divulgação, difícil acesso às informações do Governo Federal e, em diversos casos, somente apontamentos de coletivos feministas.

Um exemplo claro é o site do Senado Federal: somente existem dados de violência contra a mulher até o ano de 2018, fazendo um comparativo são quase inexistentes os números do referido ano:

Fonte:DataSenado

Percebe-se no gráfico acima que em comparativo com o ano de 2017, o registro de violência contra a mulher somente em homicídios, sem levar em consideração a reincidência, o registro chega a 4.928 vítimas mortas.

Sem muitos dados comparativos fica difícil calcular o registro de novos casos, no entanto, fica claro o aumento exponencial de casos, se levar em consideração os números crescentes de divulgado na mídia. A atual ministra Damares Alves do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), traz um apontamento que apesar de não haver dados registrados, leva-se ao indicativo:

O risco do aumento dos episódios agudos de violência ocorre, conforme aponta a titular do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), ministra Damares Alves, porque o confinamento obriga vítimas a conviverem com seus agressores por longos períodos. E uma característica marcante da violência doméstica e familiar contra mulheres é o fato dela ser perpetrada principalmente por pessoas com as quais as vítimas mantêm relacionamentos íntimos.

08/10/2020

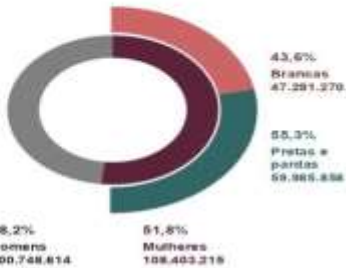
Painel OMV - Violência contra Mulheres.qvw

Painel de Violência contra Mulheres

Selecione uma Unidade da Federação ou veja os dados de todo o país



Habitantes **209.181.829**



### Brasil

**Início**      **Homicídios de mulheres**      **Notificações da saúde**      **Boletins de ocorrência**      **Poder judiciário**      **Gráficos Customizados**

As estatísticas relacionadas ao problema da violência contra as mulheres e às políticas públicas voltadas a entre os estados e municípios ao longo do tempo.

A navegação por cada uma das abas permite explorar tais diferenças a partir de dados oficiais, selecionar dados adicionais para análises independentes.

Homicídios de mulheres      Notificações de saúde      Boletins de ocorrência

<b>0</b> mulheres morreram em decorrência de violência em 2018	<b>0</b> notificações de violência contra mulheres realizadas por órgãos de saúde em 2018	<b>0</b> boletins de ocorrência de violência contra mulheres registrados em 2018
<b>0,0</b> homicídios registrados por 100 mil mulheres em 2018	<b>0,0</b> notificações de violência por 100 mil mulheres em 2018	<b>0,0</b> boletins de ocorrência por 100 mil mulheres em 2018

Mãe não tem dados para mostrar	Mãe não tem dados para mostrar	Mãe não tem dados para mostrar
--------------------------------	--------------------------------	--------------------------------

Fonte: DataSenado

## 5. DO DESCUMPRIMENTO

A Lei 13.641/2018, altera a Lei Maria da Penha para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, assim dispõe:

“Seção IV

Do Crime de Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência

Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis”.

Cabe mencionar, a classificação do tipo penal, ou seja, refere - se a conduta proibida pela lei penal é “descumprir”, o que denota que somente admitido o dolo, a vontade livre e consciente para a caracterização do delito, o agente de forma intencional busca abalar à integridade física e psicológica da ofendida, veja:

### **Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência**

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. (Incluído pela

Lei nº 13.641, de 2018)

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas. (Incluído pela Lei nº

13.641, de 2018)

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018) § 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

O Promotor de Justiça Anaílton de Mendes de Sá Diniz, responsável pelo o Núcleo de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Fortaleza/CE, Membro do Núcleo de Gênero Pró-Mulher do MP/CE e da Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher dos Ministérios Públicos do Brasil, aborda que as medidas protetivas foram a característica inovadora da Lei:

As medidas protetivas de urgência, foram o grande trunfo da Lei Maria da Penha, mas tal dispositivo legal não definiu a sua natureza, não indicou procedimentos, prazo, nem os meios de impugnações das decisões. Apenas, no art. 132, manda aplicar subsidiariamente as normas do Código de Processo Penal e do Código de Processo Civil, além da legislação específica relativa a criança, ao adolescente e ao idoso. Então, a interpretação para aplicação desse instrumento legal cabe aos juristas e aqueles operadores do Direito que irão lidar no dia a dia nesta área. Por isso, tem se formado inúmeras posições quanto à natureza jurídica de tais medidas, se é procedimento cautelar civil ou

penal, se depende da existência de um processo principal ou se são autônomas. (DINIZ, ANAÍLTON MENDES DE SÁ)<sup>68</sup>

Procura-se explanar sobre o porquê de mesmo com os inúmeros protecionismos que a Lei proporciona, a celeridade prevista no decorrer de todos os trâmites, desde o deferimento da medida protetiva à celeridade da separação, até outras medidas a serem tomadas, porque mesmo assim, não coíbe a reiteração de atos agressivos contra a mulher.

Haja vista a comprovação da ineficácia das medidas protetivas, procura-se pensar o que poderá ser feito para readequar a Lei Penal, a Lei Maria da Penha, as medidas protetivas, com caráter social de proteção e eficácia para resguardar a vida da mulher violentada.

Apesar das inovações trazidas pela lei, percebe-se não tão eficaz quanto ao esperado, a vítima continua na posição de “acoada”, a proteção advinda com as reformas das legislações não mostram-se suficientes, apesar de existir inúmeros modelos de proteção, ainda aparenta o modelo de uma sociedade antiga e desestabilizada, humanamente ineficaz quando trata-se da vida de mulheres. É de afirmar-se que existem patrulhas da mulher, disque-proteção, casa de proteção e a lei, mas faz-se imperativo entender os motivos pelos quais não funcionam.

## 6. CONCLUSÃO

Diante de todo o histórico apresentado, surge a pergunta de quantas Marias existem Brasil à fora, silenciadas, absortas em sua própria história.

A mulher, como pessoa na sociedade, sempre fora vista como o ser funcional de cuidado para a família, sem direitos por muitos séculos, a permanência só como cuidadora do lar, um “sujeito” sem direitos e somente de obrigações, que de diversas formas poderia ter seus direitos violentados, por isso a luta e construção das mulheres por respeito e acesso a garantias fundamentais, trazem o questionamento de por que somos tratadas assim diante da sociedade.

Depois apresenta-se como justificativa também, a vivência próxima de mulheres que tiveram seus direitos violentados e questionados, que muitas vezes não fazem a denúncia por medo, por entender que o seu companheiro, marido, convivente, é seu único modo de sustento; ademais, o medo de não acreditarem na denúncia feita, a falta de apoio familiar, o desmerecimento da mulher vítima do abuso dentro das mais diversas formas. Quiçá, os fatos a serem apresentados diariamente, como a ineficácia das aplicações das medidas protetivas, quem garante que será cumprida, como será cumprida, de qual modo, quem protege a vítima depois que sai da delegacia, quem protege a família e se for o caso, o filho desta vítima.

Há que se pensar também como exercer o direito da denúncia sem o questionamento que logo após virar a esquina: não serão mortas pelos seus agressores, quem garantirá?

De fato, percebemos grandes mudanças com a criação da Lei Maria da Penha, um mulher, que passou por todo o tipo de abuso possível por seu agressor, que teve seu direito

---

<sup>68</sup> Promotor de Justiça de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Fortaleza/CE. Membro do Núcleo de Gênero Pró-Mulher do MP/CE e da Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher dos Ministérios Públicos do Brasil.

de liberdade cerceado pelo medo, pela culpa, pelo questionamento se permaneceria viva no dia seguinte e, veja só, teve que recorrer a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para não ser violentada novamente. Será que de fato a Justiça Brasileira é eficaz?

Quantas mulheres são todos os dias violentadas, espancadas, mortas e tem seus sonhos enterrados por inaplicabilidade da lei, por falta de medidas que assegurem a sua aplicação.

Na reflexão sobre o tema, os fatos apresentados demonstram a necessidade de mudança na lei, não basta mera criação jurídica, nada vale a lei em um papel sem total inaplicabilidade ou aplicável medianamente sem grandes feitos ou impactos na vida em sociedade.

De sorte, é necessário que as medidas tornem-se eficazes ou teoricamente seguras a outras mulheres e que não vivam reféns às medidas protetivas que em muitos casos não servem.

## 7. REFERÊNCIAS

ALVES, M. C. L.; DUMARESQ, M. L.; SILVA, R. V. **AS LACUNAS NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: ANÁLISE DOS BANCOS DE DADOS EXISTENTES ACERCA DA VIGILÂNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. BRASÍLIA: NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS/CONLEG/ Senado**, abril/2016 (Texto para Discussão nº 196). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 25 de setembro de 2020

CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, C. H. (Org.). **LEI MARIA DA PENHA COMENTADA EM UMA PERSPECTIVA JURÍDICO-FEMINISTA**. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2011.

## **COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/ORGANIZAÇÃO DOS**

**ESTADOS AMERICANOS. RELATÓRIO N. 54/01**, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, 4 abr. 2001, Brasil. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299\\_Relat%20n.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf). Acesso em: 23 set. 2020.

DINIZ, Anaílton Mendes de Sá. **MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: NATUREZA JURÍDICA – REFLEXOS PROCEDIMENTAIS**. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/nespeciais/promulher/artigos/Medidas%20Protetivas%20de%20Urgencia%20Natureza%20Jur%C3%ADica%20Anailton%20Mendes%20de%20Sa%20Diniz.pdf>. Acesso em 29 de setembro de 2020

BRASIL. **LEI N. 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 de setembro de 2020.

BRASIL. Disponível em: < <https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/tiposde-violencia.html>>. <https://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-casodoca-street>. Acesso em: 22 setembro de 2020

CORREIA, Martina. **A APLICAÇÃO DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS AOS CRIMES PRATICADOS COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n.

3186, 22 mar. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21342/a-aplicacao-dalei-dos-juizados-especiais-aos-crimes-praticados-com-violencia-domestica-e-familiarcontra-a-mulher>>. Acesso em: 4 out. 2020.*r*

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **ASPECTOS POLÊMICOS SOBRE A LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006, QUE CRIA MECANISMOS PARA COIBIR A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER**. In: *Revista*

*Jurídica*, São Paulo, vol. 55.

BRASIL, Senado Federal  
<<http://www9.senado.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=senado%2FPainel%20OMV%20-%20Viol%C3%Aancia%20contra%20Mulheres.qvw&host=QVS%40www9&anonymous=true>> Acesso em: 29 de setembro de 2020

## **A TUTELA POPULAR DOS DIREITOS SOCIAIS: A INICIATIVA POPULAR VINCULANTE**

**HELIO JOSÉ RAMOS CARNEIRO DE CAMPOS:**  
Bacharelado do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador e estagiário do Ministério Público do Estado da Bahia.

Prof<sup>a</sup> Dra. Ariele Chagas Cruz

Prof. Dr. Gabriel Dias Marques da Cruz

**RESUMO:** A presente monografia tem como objetivo analisar o que de fato representaram as manifestações populares brasileiras ocorridas em junho de 2013, bem como a possibilidade de considerá-las como uma outra vertente de Iniciativa Popular, não aquela consagrada no art. 61, §2º, da Constituição Federal de 1988, referente à elaboração de leis, mas uma iniciativa popular voltada para a concretização dos Direitos Sociais. A metodologia utilizada foi através de referências bibliográficas, com a coleta de dados em livros e internet, através de artigos científicos, reportagens. Nesse estudo, encontramos dados relevantes acerca das manifestações ocorridas em vários estados e cidades do Brasil naquele período, conceituando o que é o povo e trazendo as distinções entre as espécies de democracia. São expostas também algumas interpretações sobre estas e outras manifestações populares ocorridas no Brasil e no mundo, trazendo as visões de alguns filósofos, sociólogos e juristas nacionais e internacionais. Adentramos ainda em um estudo sobre os principais aspectos dos direitos sociais à saúde, educação e transporte acessível, que foram os principais direitos sociais reivindicados pelo povo, bem como a falta de sua concretização pelas autoridades públicas. Perpassamos ainda pelo conflito doutrinário e jurisprudencial entre o mínimo existencial e a teoria da reserva do possível. Por último, apresentamos alguns dos principais aspectos sobre as iniciativas populares, chegando à conclusão de que as manifestações populares poderiam ser consideradas como uma espécie de iniciativa popular, que teria como condão coagir as autoridades públicas a concretizar os direitos sociais reivindicados pelo titular do poder.

**PALAVRAS CHAVE:** Tutela Popular dos Direitos Sociais; Manifestações Populares; Teoria da Iniciativa Popular Constituinte; Iniciativa Popular Vinculante / Concretizadora / Implícita;

**ABSTRACT:** This monograph aims to analyze what actually represented the Brazilian popular manifestations in June 2013, and the possibility of considering them as another aspect of Popular Initiative, not the one enshrined in art. 61, paragraph 2, of the Constitution of 1988 on developing laws, but a popular initiative aimed at achieving the Social Rights. The methodology used was through references with data collection in books and internet, through scientific articles, reports. In this study, we found relevant data about the manifestations in several states and cities in Brazil at that time, conceptualizing what the people and bringing the distinctions between the species of democracy. They are also exposed some interpretations on these and other popular manifestations occurred in Brazil and the world, bringing the views of some philosophers, sociologists and national and international jurists. Yet we enter in a study on the main aspects of social rights to health, education and transport available, which were the main social rights claimed by the people, and the lack of its



implementation by public authorities. We still pass by the doctrinal and jurisprudential conflict between the existential minimum and the theory of reserve for contingencies. Finally, we present some of the main aspects of the popular initiatives, concluding that popular manifestations could be considered as a kind of popular initiative, which would objective coerce public authorities to achieve the social claim of the power holder.

**KEY WORDS:** Protection Popular Social Rights; Popular Manifestations; Theory Of Initiative Popular Constituent; Initiative Popular Binding / Concretizing / Implied;

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITOS SOCIAIS. 2.1 CONCEITO. 2.2 PREVISÃO LEGAL E ESPECIES. 2.2.1. Do direito à saúde. 2.2.2. Do direito à educação. 2.2.3. Do direito ao transporte. 3 MANIFESTAÇÃO POPULAR. 3.1 O QUE É O POVO? 3.2 CONCEITO DE MANIFESTAÇÃO POPULAR. 3.3 MANIFESTAÇÃO POPULAR E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. 3.4 HISTÓRICO DAS PRINCIPAIS MANIFESTAÇÕES POPULARES NO BRASIL. 3.5 MANIFESTAÇÃO POPULAR DE JUNHO DE 2013. PRINCIPAIS ASPECTOS. 3.6 INTERPRETAÇÕES REALIZADAS PELO SENSO COMUM SOBRE AS MANIFESTAÇÕES POPULARES NO BRASIL DE JUNHO DE 2013. 3.7 INTERPRETAÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES POPULARES MUNDIAIS FEITA PELOS PENSADORES E CIENTISTAS SOCIAIS. 4 INICIATIVA POPULAR. 5 AS MANIFESTAÇÕES POPULARES COMO INICIATIVA POPULAR VINCULANTE. 6 CONSIDERAÇÕES. CONCLUSIVAS. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é classificada como uma Constituição programática (diretiva ou dirigente), na medida em que prescreve normas que devem ser cumpridas pelo Estado. Nesse sentido, o art. 6º da Constituição Federal de 1988 elenca os direitos sociais como direitos imanentes à sociedade brasileira.

A seu turno, o art. 5º, § 1º, da mesma Carta Magna estabelece que as normas que definem os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, disposição esta que engloba as normas instituidoras dos direitos sociais.

É bem verdade que alguns desses direitos requerem uma atividade legislativa posterior com o escopo de regulamentá-los, mas tal disposição não tem o condão de impedir a sua implementação imediata.

Ocorre que não obstante a preocupação do Poder Constituinte em atribuir aos direitos sociais um patamar constitucional, é visível a falta de efetivação destes direitos pelo Poder Público. Seja no plano federal, estadual ou municipal, os direitos sociais indispensáveis à convivência em qualquer sociedade são tratados com descaso pelas autoridades públicas brasileiras que, mesmo com a alta taxa de arrecadação tributária, situada como a segunda maior entre os países da América Latina e entre as vinte maiores do mundo, não há a devida contraprestação pelo Poder Público.

Principalmente a partir dos anos finais da década de noventa foi que passou a prevalecer a opinião de que a carga tributária no Brasil é extremamente alta, ficando cada vez mais em evidência para o povo brasileiro a desproporcionalidade entre o pagamento da alta taxa tributária e a contraprestação insuficiente oferecida pelo Estado, causando crescente consciência e descontentamento do povo brasileiro.

Diante desse cenário de muita arrecadação e pouca implementação, potencializado pela nefasta corrupção e priorização de investimentos de recursos públicos em eventos desportivos, resultando em um entrave ao pleno desenvolvimento de todas as capacidades econômico-sociais com reflexos diretos nos direitos sociais, o povo se viu obrigado a ir para as ruas para reivindicar os seus direitos através das manifestações que aconteceram durante todo o Brasil em junho de 2013, período no qual o país sediava um evento de escala mundial com orçamentos milionários.

Esse sentimento de indignação e revolta popular nos remete ao berço dos direitos sociais, ou seja, a Revolução Industrial do século XVIII, que teve como principal eclosão as péssimas condições de trabalho e a baixa remuneração dos trabalhadores. Em um breve paralelo entre as duas manifestações, podemos perceber que o motivo é similar: o sentimento de injustiça e desproporcionalidade entre o que é tomado da sociedade e o que é distribuído. Lá era para que houvesse o reconhecimento dos direitos sociais, aqui, outrora, é para que haja a sua concretização.

Dentro deste contexto, esta pesquisa tem como objetivo analisar o que de fato representaram as manifestações populares brasileiras ocorridas em junho de 2013, bem como a possibilidade de considerá-las como uma outra vertente de iniciativa popular, não aquela consagrada no art. 61, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, referente à elaboração de leis, mas uma iniciativa popular voltada para a efetivação dos direitos sociais à educação e à saúde. Aqui fazemos um parêntese para incluir o direito ao transporte dentro do rol dos direitos sociais, haja vista que existe atualmente um projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional com este objetivo, além da importância deste direito para o bem-estar da sociedade brasileira.

A escolha do tema ocorreu pela percepção das proporções gigantescas que as manifestações populares de junho de 2013 tomaram, levando-se em conta a clara insatisfação popular com os seus representantes, bem como na possibilidade da produção de efeitos pela referida manifestação, dentre eles, o de vincular os governantes e demais autoridades a adotarem as principais reivindicações.

A metodologia utilizada foi através de referências bibliográficas, sendo escolhido este modelo de pesquisa, pois corrobora com a concepção de Marconi e Lakatos<sup>69</sup> no sentido de que as: “fontes secundárias, abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico etc”.

---

69 MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnicas de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2009, p.57

Para Boaventura<sup>70</sup> o desenvolvimento da investigação científica se prende a um encadeamento lógico amparado pela revisão da literatura específica. Por sua vez, Manzo (1971 apud Marconi e Lakatos 2009) afirma que a bibliografia pertinente “oferece meios para definir, resolver, não somente problemas já conhecidos, como também explorar novas áreas onde os problemas não cristalizaram suficientemente”.

Os dados foram coletados em livros e internet, através de artigos científicos, reportagens e dados primários e secundários como documentos, relatos e análise jurisprudencial. Para tanto utilizamos a base de dados do Google Acadêmico e Scientific Electronic Library Online (SciELO)

## **2. DIREITOS SOCIAIS**

### **2.1. CONCEITO**

Os direitos sociais podem ser conceituados como os direitos destinados a garantir aos indivíduos o exercício e gozo dos direitos fundamentais, com o objetivo de tornar pacífica a convivência em sociedade, em condições de igualdade entre as classes sociais, desaguando na observância dos ditames da justiça social e do princípio da solidariedade, sendo o Estado o principal responsável pela sua efetivação e proteção.

A correlação entre os direitos sociais e a justiça social é mais estreita do que se parece, na medida em que esta é concebida como a necessidade de se alcançar a equidade entre as diversas classes sociais, promovendo o equilíbrio social, assim como a liberdade e igualdade das pessoas de uma dada sociedade. Há, portanto, um cruzamento entre a seara econômica e social mediante a atuação positiva do Estado.

Ao contrário dos direitos fundamentais de primeira dimensão, onde se exigia uma atitude negativa, evitando-se a intervenção do Estado na liberdade individual, os direitos sociais são alocados como direitos fundamentais de segunda dimensão, tendo surgido no final do século XIX, mas ganhando maior concretude no século XX, através principalmente de movimentos reivindicatórios cuja mudança na percepção anteriormente existente, passou a exigir do Estado uma atuação positiva, passando o Estado a figurar no centro da garantia ao bem-estar social.

Em didática definição, André Ramos Tavares<sup>71</sup> conceitua direitos sociais como direitos “que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais”.

Na balizada lição de José Afonso da Silva<sup>72</sup>, tem-se que os direitos sociais “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.

---

70 BOAVENTURA, Edivaldo M. *Metodologia da pesquisa*: monografias, dissertações, teses. São Paulo: Atlas, 2004, p. 63

71 TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. *Rev. E atual.* – São Paulo: Saraiva, 2012.

72 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. Editora, Cidade, Ano 2010.

Conclui o supracitado doutrinador no sentido de que: “são, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.

Conforme se observa dos conceitos atribuídos aos direitos sociais pela doutrina, percebe-se que não basta a sua previsão constitucional ou infraconstitucional, sendo necessário que haja a sua efetiva proteção pelos entes públicos e privados.

Daí pode-se falar na teoria da eficácia vertical e horizontal dos direitos sociais. A eficácia vertical se refere à relação entre o Estado e os indivíduos, servindo como um limite à atuação estatal, que deve não só respeitar, mas também proteger e concretizar os direitos sociais. Por outro lado, a eficácia horizontal foi desenvolvido principalmente pela jurisprudência e doutrina alemã, e se aplica nas relações travadas por particulares, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, mas que estão vinculadas ao respeito dos direitos sociais.

Tem-se como exemplo de eficácia horizontal dos direitos sociais o instituto da função social da propriedade. Nesse sentido, Rafael Lemos cita em seu artigo intitulado Eficácia Horizontal dos Direitos Sociais vinculado ao Site Universo Jurídico uma observação feita por Daniel Sarmento, a respeito do julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que conferiu um peso maior ao<sup>73</sup> direito social à moradia frente ao direito à propriedade:

Outro caso não menos emblemático, decidido em 1994 pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível n. 212.726-1/8, relacionou-se a uma ação reivindicatória proposta por particulares que buscavam desalijar de uma área de sua propriedade trinta famílias carentes, que ocupavam o local havia vários anos, e tinham formado ali uma favela. Na hipótese, o Judiciário valeu-se diretamente da Constituição para atribuir um peso superior à moradia das famílias carentes do que à propriedade individual, tendo-se reconhecido no acórdão que ela não cumpria a sua função social. O Tribunal, sem embargo, embora tenha rechaçado o direito à reivindicação, reconheceu a permanência de 'eventual pretensão indenizatória contra quem de direito' em favor dos proprietários, dando a entender que a futura ação reparatória deveria ser endereçada contra o poder público, que permitira a consolidação daquela situação de fato.

Imprescindível também destacar aqui o conceito esboçado pelo festejado doutrinador Ingo Sarlet, segundo o qual: “a dimensão dos direitos fundamentais sob análise outorga ao indivíduo a possibilidade de exigir prestações sociais estatais (assistência social, saúde, educação, etc.), explicitando a necessidade de uma transição entre as liberdades

---

73 LEMOS, Rafael Diogo D. Universo Jurídico. Eficácia Horizontal dos Direitos Sociais. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/5242/a-eficacia-horizontal-dos-direitos-sociais>. Acesso em: 15. jan. 2015.

formais abstratas para as liberdades materiais concretas”. (SARLET, 2007 apud GONÇALVES, 2009).<sup>74</sup>

Por último, os direitos sociais estão atrelados ao princípio da proibição da evolução reacionária, também chamado de princípio do não retrocesso, ou ainda de efeito cliquete dos direitos sociais.

De acordo com o princípio da proibição da evolução reacionária, uma vez que a humanidade conquistou nos séculos passados, as vezes de forma pacífica, outras, através do derramamento do sangue do povo durante as revoluções, o reconhecimento da existência dos direitos sociais, a proteção destes direitos tem que continuar sempre avante, sempre com o objetivo de aperfeiçoar e estender estes direitos ao maior número de pessoas possíveis.

O princípio da proibição do retrocesso também é chamado de efeito “clíquet”, por se referir a um equipamento utilizado pelos alpinistas, e que sempre os impulsiona rumo ao topo, na busca do seu objetivo, não lhe sendo possível retroceder à base da montanha.

Volvendo o olhar para o âmbito dos direitos sociais, tem-se que estes são os direitos que conferem uma proteção aos indivíduos, e que denota, portanto, um avanço da humanidade, não podendo haver qualquer tipo de retrocesso em relação a eles.

Com efeito, apesar de a Constituição Federal de 1988 assegurar os direitos sociais, estes não estão sendo concretizados de maneira satisfatória pelas autoridades públicas brasileiras, seja por falta de priorização na sua implementação ou pelo desvio dos recursos a eles originariamente destinados, havendo um claro retrocesso dos direitos sociais, tomando-se como parâmetro os mandamentos da Carta Magna.

Para Canotilho<sup>75</sup> “o princípio da democracia económica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional, e um direito subjectivo”.

Pode-se dizer ainda que este princípio possui força vinculante em relação ao legislador infraconstitucional, de forma que leis e emendas constitucionais não podem restringir o alcance e profundidade dos direitos sociais previstos pela Constituição Federal de 1988.

Em última análise podemos conceber que até mesmo o Poder Judiciário estaria vinculado ao reconhecimento e à impossibilidade de restringir a força e o alcance dos direitos

---

74 GONÇALVES, Leonardo Augusto. ORIGENS, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS DO DÉFICIT NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/origens-conceito-e-caracteristicas-dos-direitos-sociais-uma-analise-das-consequencias-do-deficit-na-implementacao-dos-direitos-fundamentais-de-segunda-dimensao/29314/#ixzz3RezF8vxU>>. Acesso em: 3 de dez. de 2014.

75 J. J. G. Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 6. Ed. p. 468.

sociais constitucionalmente previstos, atuando como um verdadeiro guardião da sua concretização quando ineficiente a atuação da Administração Pública.

Nesse contexto, segue algumas decisões assegurando a impossibilidade do retrocesso social, senão vejamos:

**ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CONGELAMENTO. PRINCÍPIO QUE VEDA O RETROCESSO SOCIAL.**

A omissão do Legislativo em estabelecer um novo parâmetro indexador para o reajuste do adicional de insalubridade, não exime a obrigação de se promover o referido reajuste. Admitir tal critério, poderia quedar no absurdo de, ao longo do tempo, a parcela perder expressão monetária, a esvaziar de sentido direito social consagrado na Constituição Federal (artigo 7º, inciso XXIII). O critério estabelecido através do Comunicado UCRH04/2010 que determinou o "congelamento" do adicional de insalubridade, malfez o princípio que veda o retrocesso social constitucionalmente previsto.

(TRT-2 - RESEXOFF: 00025596720115020064 SP 00025596720115020064 A28, Relator: RIVA FAINBERG ROSENTHAL, Data de Julgamento: 23/05/2013, 17ª TURMA, Data de Publicação: 03/06/2013).

**MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. MAGISTÉRIO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. DIREITO À LICENÇA-GESTANTE DE 180 DIAS. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL.** Os professores contratados temporariamente ou emergencialmente têm direito à licença-gestante pelo prazo de 180 dias, na interpretação sistemática e teleológica dos artigos 141 e seguintes da LC-RS nº 10.098/94, com a redação dada pela LC-RS nº 13.117/09. Princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da proibição do retrocesso social. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal conferidos. **SEGURANÇA CONCEDIDA.** (Mandado de Segurança Nº 70055547624, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 13/09/2013)

(TJ-RS - MS: 70055547624 RS , Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Data de Julgamento: 13/09/2013, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/09/2013)

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal entende que:

1- Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de

Justiça do Estado de São Paulo, assim do (fls. 88): “Apelação e Reexame Necessário Mandado de Segurança. Sentença que concedeu a segurança pleiteada para assegurar à criança a transferência na rede municipal de ensino fundamental, em unidade próxima a sua residência, vez que portadora de necessidades especiais. Possibilidade. Direito reconhecido pela jurisprudência majoritária deste E. Tribunal (Súmula 63). A destinação de vaga em estabelecimento de ensino deve atentar para o local mais próximo à residência da criança. O direito da criança ao ensino público é líquido e certo e a interferência do Judiciário para torná-lo efetivo não configura invasão de competência do Poder Executivo (Súmula 65). Recursos que não comportam provimento.” O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 2º da Constituição. Sustenta que o Poder Judiciário não pode intervir no Poder Executivo criando vagas para alunos, e que o Município tem se esforçado para melhor atender a demanda frente à educação infantil, em respeito ao fixado no art. 208, IV, da Constituição. A decisão agravada negou seguimento ao recurso sob o fundamento de que a preliminar de repercussão geral não foi devidamente fundamentada e que o artigo constitucional restou não prequestionado (incidência das Súmulas 282 e 356/STF). O recurso extraordinário não pode ser provido. Isso porque o acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não viola o princípio constitucional da separação dos poderes a intervenção pelo Poder Judiciário em atos da Administração Pública quando se tem por finalidade assegurar direitos e garantias constitucionalmente protegidos, a exemplo do direito das crianças ao efetivo acesso à educação básica (art. 208, IV, da Constituição Federal).

(...)

**A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de**

**transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.**

(...)” (ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma) Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Constitucional. Poder Judiciário. Determinação para implementação de políticas públicas. Melhoria da qualidade do ensino público. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido. ” (ARE 635.679-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma) Diante do exposto, com base no art. 544, § 4º, II, b, do CPC e no art. 21, § 1º, do RI/STF, conheço do agravo e nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 18 de junho de 2014. Ministro Luís Roberto Barroso Relator.

(STF - ARE: 763644 SP , Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 18/06/2014, Data de Publicação: DJe-148 DIVULG 31/07/2014 PUBLIC 01/08/2014). (Grifei e Negritei).

2- O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. “Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.”

(RE 351.750, Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, julgamento em 17-3-2009, Primeira Turma, DJE de 25-9-2009.) Vide: RE 575.803-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 1º-12-2009, Segunda Turma, DJE de 18-12-2009.

3- AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO. DEFENSORIA PÚBLICA. IMPLANTAÇÃO. OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS. SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL. O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS. **INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O**



**ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134). LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO. A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES (OU DA LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES). CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO). DOCTRINA. PRECEDENTES. A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. THEMA DECIDENDUM QUE SE RESTRINGE AO PLEITO DEDUZIDO NA INICIAL, CUJO OBJETO CONSISTE, UNICAMENTE, na “criação, implantação e estruturação da Defensoria Pública da Comarca de Apucarana. RECURSO DE AGRAVO PROVIDO, EM PARTE.**

Assiste a toda e qualquer pessoa especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública.

**O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs.**

**É que de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou**

**transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.**

(...)

A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa Instituição da República: a transgressão da ordem constitucional porque consumada mediante inércia (violação negativa) derivada da inexecução de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134) – autoriza o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado e permite aos juízes e Tribunais que determinem a implementação, pelo Estado, de políticas públicas previstas na própria Constituição da República, sem que isso configure ofensa ao postulado da divisão funcional do Poder. Precedentes: RTJ 162/877-879 – RTJ 164/158-161 – RTJ 174/687 – RTJ 183/818-819 – RTJ 185/794-796, v.g.. Doutrina.

(STF - AI: 598212 PR , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 25/03/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 23-04-2014 PUBLIC 24-04-2014). (Grifei e negritei).

Portanto, a conquista popular ao longo dos séculos no reconhecimento dos direitos sociais serve como instrumento vinculante tanto para as autoridades públicas quanto para a própria sociedade, que tem o dever de buscar sempre o aprimoramento e generalidade destes direitos.

## 2.2 PREVISÃO LEGAL E ESPÉCIES

Os direitos sociais estão previstos no capítulo II da Constituição da República Federativa do Brasil, mais precisamente entre os arts. 6º e 11º, estando regulamentados em vários outros dispositivos de mesmo patamar constitucional, a exemplo do Título VIII, que trata da Ordem Social e também na legislação infraconstitucional, a exemplo da Consolidação das Leis do Trabalho e da Lei 11.124/05, que trata do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, dentre diversas outras.

Os direitos sociais não tem uma classificação única, encontrando variações na doutrina.

Em uma classificação geral, os direitos sociais podem ser agrupados em grandes categoriais: a) os direitos sociais dos trabalhadores, por sua vez subdivididos em individuais e coletivos; b) os direitos sociais de seguridade social; c) os direitos sociais de natureza econômica; d) os direitos sociais da cultura; e) os de segurança.

Já Uadi Lammêgo Bulos<sup>76</sup> destaca que os direitos sociais da seguridade social envolvem o direito à saúde, à previdência social, à assistência social, enquanto que os relacionados à cultura abrangem a educação, o lazer, a segurança, a moradia e a alimentação.

Classificação diversa é a adotada por José Afonso da Silva<sup>77</sup>, que propõe a seguinte classificação dos direitos sociais:

- a) direitos sociais relativos ao trabalhador (arts. 7º a 11);
- b) direitos sociais relativos à seguridade social, abrangendo os direitos à saúde, à previdência social e à assistência social (arts. 193 a 204);
- c) direitos sociais relativos a educação e à cultura (arts. 205 a 217);
- d) direitos sociais relativos à família, à criança, ao adolescente, ao idoso e às pessoas portadoras de deficiência (arts. 226 a 230);
- e) direitos sociais relativos ao meio ambiente; (art. 225).
- f) direitos sociais relativos à moradia;
- e) direitos sociais do homem como produtor, referindo-se a: liberdade de instituição sindical, o direito de greve, o direito de obter um emprego, dentre outros; (arts. 7º a 11).
- f) direitos sociais do homem consumidor: direitos à saúde, à segurança social, ao desenvolvimento intelectual, à formação profissional, à cultura (arts. 6º e no título VIII).

Diante da vasta gama de direitos sociais, necessário se mostra fazer um recorte, abordando nesta monografia apenas aqueles que foram os mais reivindicados nas manifestações populares ocorridas em junho de 2013.

Nesse sentido, os principais direitos sociais que estavam sob o holofote do povo na unanimidade das manifestações espalhadas pelo Brasil foram os direitos referentes à saúde, educação e transporte.

### 2.3.1. Do direito à saúde

A saúde está prevista na Constituição Federal de 1988 no Capítulo II, Seção II, do Título VIII, denominado “Da Ordem Social”, mais especificamente nos arts. 196 ao art. 199.

<sup>76</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>77</sup> SILVA, José Afonso da, 2010, p. 7. op. cit.

A Constituição de 1988 é a primeira Carta brasileira a consagrar o direito fundamental à saúde. Textos constitucionais anteriores possuíam apenas disposições esparsas sobre a questão, como a Constituição de 1824, que fazia referência à garantia de “socorros públicos” (art. 179, XXXI). (MENDES, 2012 apud ALBUQUERQUE; PATRIOTA, 2013).<sup>78</sup>

A saúde se encontra no rol dos direitos sociais, figurando como uma das figuras mais importantes dos direitos fundamentais. É direito público subjetivo, consistindo numa prerrogativa jurídica indisponível assegurada às pessoas tanto no âmbito nacional quanto no internacional.

*Ab initio*, faz-se necessário estabelecer o conceito de saúde. Nos dizeres de Henrique Hoffmann Monteiro Castro, a saúde (2005):

“Corresponde a um conjunto de preceitos higiênicos referentes aos cuidados em relação às funções orgânicas e à prevenção das doenças. “Em outras palavras, saúde significa estado normal e funcionamento correto de todos os órgãos do corpo humano”, sendo os medicamentos os responsáveis pelo restabelecimento das funções de um organismo eventualmente debilitado”. (CASTRO, 2005 apud PRETEL, 2010).<sup>79</sup>

Ademais, pode-se conceber que a tutela do direito à saúde possui duas faces, sendo que a primeira tem o escopo de preservar e a segunda de proteger. A preservação da saúde se relaciona com as políticas de redução de risco de uma determinada doença, numa órbita genérica, a proteção à saúde se caracterizaria como um direito individual, de tratamento e recuperação de uma determinada pessoa.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define a saúde como sendo o estado de completo bem-estar físico, mental e social. Ou seja, o conceito de saúde transcende à ausência de doenças e afecções. Por outras palavras, a saúde pode ser definida como o nível de eficácia funcional e metabólica de um organismo a nível micro (celular) e macro (social).

Nas palavras de Cury (2005 apud CAMARGO)<sup>80</sup>, “o direito a saúde é o principal direito fundamental social encontrado na Lei Maior brasileira, diretamente ligado ao princípio maior que rege todo o ordenamento jurídico pátrio: o princípio da dignidade da pessoa humana – razão pela qual tal direito merece tratamento especial”.

---

<sup>78</sup> ALBUQUERQUE, Iara Maria Pinheiro de; PATRIOTA; Izabela Walderez Dutra. *CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE E PARTICIPAÇÃO POPULAR NUMA PERSPECTIVA NEOCONSTITUCIONAL*. Revista eletrônica, Natal/RN, ano 3, n. 2, jul./dez. 2013. Disponível em: <[www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicamprn](http://www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicamprn)>. Acesso em: 03. dez. 2014.

<sup>79</sup> PRETEL, Mariana. O direito constitucional da saúde e o dever do Estado de fornecer medicamentos e tratamentos. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/O-direito-constitucional-da-saude-e-o-dever-do>. Acesso em: 3 de dez. de 2014.

<sup>80</sup> CAMARGO, Caroline Leite de. Saúde: um direito essencialmente fundamental. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/usuario/Documents/Monografia/MONOGRAFIA%202012%20-%20CIESA/%3Chhttp://www.jus.uol.com.br/revista/texto/4210%3E?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14074#\\_ftn4](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/usuario/Documents/Monografia/MONOGRAFIA%202012%20-%20CIESA/%3Chhttp://www.jus.uol.com.br/revista/texto/4210%3E?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14074#_ftn4). Acesso em: 3 de dez. de 2014.

Ressalte-se ainda que o direito à saúde possui duas dimensões, sendo uma dimensão positiva (prestacional) e outra negativa.

Explica Sarlet (2002 apud CAMARGO) que “[...] no âmbito da assim denominada dimensão negativa, o direito a saúde não assume a condição de algo que o Estado (ou sociedade) deve fornecer aos cidadãos, ao menos não como uma prestação concreta, tal como acesso a hospitais, serviço médico, medicamentos, etc. [...] O Estado (assim como os demais particulares), tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isso direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde”.<sup>81</sup>

No que cabe a dimensão positiva do direito a saúde, esta é tida como uma obrigação de agir do Estado perante os seus cidadãos. Assim, ao contrário da prestação negativa, onde o Estado se compromete a não praticar qualquer ato que possa interferir negativamente na saúde dos seus cidadãos, aqui deve o Estado agir de forma direta e eficaz para assegurar a prevenção e a repressão a qualquer tipo de doença.

Ocorre que tanto na dimensão negativa quanto na dimensão positiva do direito à saúde, a atuação do Estado gera custos, o que nos leva a entrar na discussão da reserva do possível frente ao mínimo existencial.

O Princípio da Reserva do Possível ou Princípio da Reserva de Consistência é uma construção jurídica oriunda da Corte Constitucional Alemã, originária de uma ação judicial que objetivava permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público embasada na garantia da livre escolha do trabalho, ofício ou profissão.

Neste caso, ficou decidido pela Suprema Corte Alemã que, somente se pode exigir do Estado a prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade. Os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer estariam sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, ou seja, justificaria a limitação do Estado em razão de suas condições socioeconômicas e estruturais.

A reserva do possível pode ser entendida como as possibilidades econômicas e financeiras de determinado Estado frente ao seu dever constitucionalmente estabelecido de assegurar e efetivar os direitos fundamentais. Sendo assim, o poder público só estaria obrigado a agir para tutelar os interesses individuais se houvesse recursos disponíveis para tanto.

Kellen abordando as lições de Andreas Krell (2008 apud Sarlet)<sup>82</sup>, explica que a efetividade dos direitos sociais materiais e prestacionais estaria condicionada à reserva do que é possível financeiramente ao Estado, posto que se enquadram como direitos fundamentais dependentes das possibilidades financeiras dos cofres públicos. Assim, caberia aos governantes e aos parlamentares a decisão – uma expressão do poder discricionário – sobre a disponibilidade dos recursos financeiros do Estado.

---

<sup>81</sup> Ibid. CAMARGO.

<sup>82</sup> KELLEN, Cristina de Andrade Ávila, 2013, Teoria da Reserva do Possível. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24062/teoria-da-reserva-do-possivel#ixzz3QnnNrxxi>>. Acesso: 17 de dez. de 2014.

Para o doutrinador Ingo Sarlet (apud 2003 KELLEN)<sup>83</sup>, a teoria da “Reserva do Possível” é constituída de dois elementos: um fático e outro jurídico. O fático refere-se à disponibilidade de recursos financeiros suficientes à satisfação do direito prestacional, e o jurídico à existência de autorização orçamentária, portanto legislativa, para o Estado despende os respectivos recursos.

Ocorre que a teoria da reserva do possível passou a ser utilizada como o principal argumento para a omissão do Estado na concretização dos direitos fundamentais e sociais, uma verdadeira “desculpa” do Estado para não cumprir com o papel que a própria Constituição lhe conferiu, qual seja, o de prover as necessidades da sociedade, representadas pelos direitos fundamentais e sociais ali descritos.

De outro lado se encontra o mínimo existencial, conceituado como o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade, tais como a saúde, a moradia e a educação fundamental. Violar-se-ia, portanto, o mínimo existencial quando da omissão na concretização de direitos sociais inerentes à dignidade da pessoa humana, onde não há espaço de discricionariedade para o gestor público.

O celebrado doutrinador Dirley Cunha Junior<sup>84</sup> afirma:

Em suma, nem a reserva do possível nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações. Por conseguinte, insistimos, mais uma vez, na linha da posição defendida por este trabalho, que a efetividade dos direitos sociais – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida e à integridade física da pessoa – não pode depender da viabilidade orçamentária”. E ainda: “Nesse contexto, a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta a existência digna de todos. Fora desse quadro, tem-se a desconstrução do Estado Constitucional de Direito, com a total frustração das legítimas expectativas da sociedade.

Em decisão prolatada em sede de recurso extraordinário, interposto pela União Federal e pelo estado do Paraná em 10 de setembro de 2013, o ministro Celso de Mello fez alusão à decisão de nº Pet 1.246-MC/SC, proferida quando o mesmo exercia a Presidência do Supremo Tribunal Federal, salientando que:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado

---

83 Ibid, KELLEN.

84 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, p. 349-395, 2008. Material da 4ª aula da disciplina Teoria Geral dos Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – UNIDERP/REDE LFG.

esse dilema – que razões de ética jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúde humanas.

Nesse mesmo contexto, a jurisprudência pátria majoritária vem entendendo que no embate entre a reserva do possível e a concretização de um determinado direito social, como exemplo o direito à saúde, a ser assegurado através do fornecimento de remédios e a teoria da reserva do possível, esta última deve ser afastada.

Vejamos uma aresta bastante elucidativa da lavra do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). DIREITO À SAÚDE E À VIDA. PORTADORES DE LEUCINOSE. FORNECIMENTO DA FÓRMULA NUTRICIONAL MSUD/KENOTEX. ÚNICO TRATAMENTO. "MÍNIMO EXISTENCIAL" E "RESERVA DO POSSÍVEL". PONDERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS INTRÍNSECAS DO CASO CONCRETO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ASTREINTES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Remessa oficial e apelação da União contra sentença que, em sede de Ação Civil Pública, julgou extinto, sem resolução de mérito, o pedido referente à menor Mirela Vitória Lopes Bezerra, em razão de seu falecimento, e julgou procedente em parte o pedido de fornecimento da fórmula MSUD a todos os pacientes que dele necessitarem segundo prescrição médica, bem como a manutenção em estoque da referida fórmula, para atender emergencialmente pacientes do estado do Rio Grande do Norte.

2. O STF e o STJ firmaram entendimento de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são partes legítimas, para figurarem no polo passivo de demandas que objetivem o fornecimento de medicamento ou tratamento médico adequado, em virtude da responsabilidade solidária (STF. ARE 738729 AgR, Relator (a) Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJE 15/08/2013; STJ. AgRg no REsp 1082865/RS, Relator Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJE 05/09/2013).

3. A leucinose, também conhecida como urina do xarope de bordo, trata-se de uma desordem hereditária, que afeta o metabolismo de aminoácidos e acomete aproximadamente 1 indivíduo em cada 185.000 nascidos vivos. Trata-se de doença crônica grave, cujos efeitos são extremamente sérios à saúde dos portadores.

**4. A natureza prestacional do direito à saúde implica na necessidade de compatibilização das possíveis limitações com o**

**"mínimo existencial" e a denominada "reserva do possível". As referidas teorias devem ser aplicadas de forma a ponderar as circunstâncias intrínsecas do caso concreto, conforme o Ministro Celso de Mello destacou no julgamento da ADPF 45/DF.**

**5. O conceito de mínimo existencial não deve ser reduzido à noção de mínimo vital, sob risco de se recusar a fundamentalidade aos direitos sociais e, em última análise, a proteção jurídica efetiva da dignidade da pessoa humana.**

6. "O argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais."(MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. Atlas: São Paulo, 2008.)

**7. Cabe ao Estado efetivamente concretizar o direito à saúde por intermédio de políticas públicas, não se admitindo escusas que justifiquem o não fornecimento gratuito de medicamento à pessoa portadora de moléstia grave desprovida de recursos financeiros para tanto.**

**8. Ausência de violação ao princípio da separação dos poderes. A concretização de direitos sociais mostra-se indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana.**

9. A alegação genérica de limitações orçamentária vinculadas à reserva do possível, além de não provida concretamente quanto à eventual indisponibilidade de fundos para o atendimento da pretensão inicial, não é suficiente para obstar a concretização do direito constitucional em exame, sobretudo quando notório o fato de que o Poder Público possui verbas de grande vulto destinadas a gastos vinculados a interesses bem menos importantes do que a saúde.

10. Regra geral, devem ser privilegiados os tratamentos disponíveis pelo Sistema Único de Saúde. Contudo, comprovada a ineficácia ou inexistência de tratamento regularmente oferecido pelo SUS, deve o Estado custear o tratamento prescrito pelo médico como único capaz de assegurar a saúde do paciente (STF. STA 175 AgR, Relator: Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, DJe 29-04-2010.)

11. Ofício expedido pelo Departamento de Nutrição da Universidade Federal do Rio Grande do Norte afirmando, expressamente, que em relação à doença leucínose não há outra opção terapêutica com disponibilização por programa do SUS.

12. (...)



13. In casu, devem prevalecer os direitos constitucionais invocados pelo Ministério Público no lugar dos argumentos superficiais de natureza econômica, administrativa ou formalista alinhados pela parte ré em suas razões.

14. O fato de o suplemento em questão não constar na listagem oficial de fármacos distribuídos pelo SUS não ilide a pretensão do Parquet. O caso presente ultrapassa qualquer barreira burocrática, posto que se refere à vida de pessoas portadoras de patologia grave que, sem o controle terapêutico adequado e imediato, comprometem, com forças desiguais, o seu desenvolvimento e lhes impõem penoso sofrimento, podendo, inclusive, levar ao óbito.

15. Inexiste fundamentação para que se analise caso a caso, eis que o MSUD/KENOTEX é a única terapia conhecida para o tratamento da leucínose.

16. Precedente desta Corte (APELREEX21235/RN, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Primeira Turma, DJE 08/06/2012).

17. (...).

18. Exclusão da multa diária imposta à Fazenda Pública.

19. Apelação improvida e remessa oficial parcialmente provida.

(TRF-5 - REEX: 57187020104058400 , Relator: Desembargador Federal Fernando Braga, Data de Julgamento: 17/12/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: 19/12/2013). Grifo nosso.

Portanto, pode-se concluir que a ponderação entre o mínimo existencial e a teoria da reserva do possível deve ser feita com vistas à efetivação dos direitos fundamentais, não podendo o Estado simplesmente alegar a falta de recursos públicos, já que lhe foi estabelecido o dever constitucional de assegurar e proteger estes direitos, que, sem sombra de dúvidas, possuem primazia sobre os interesses econômicos do Estado.

### 2.3.2. – Do direito à educação

Por sua vez, o direito à educação está previsto na Constituição Federal de 1988 no capítulo III, do Título VIII denominado “Da Ordem Social”, mais especificamente nos arts. 205 até o art. 214.

A localização topológica da educação na Constituição Federal por si só já é capaz de demonstrar a sua importância para a nossa sociedade. A educação se constitui em instrumento essencial para a capacitação ao trabalho e para a formação da consciência cidadã em qualquer Estado político da atualidade.

Parece cada vez mais evidente que a solução para todos os tipos de problemas que afligem o cotidiano das sociedades em todo o mundo é a educação. Isto porque, o nível de formação intelectual de uma população é condição *sine qua non* para que haja o desenvolvimento econômico, social e político em qualquer nação.

Em sentido *latu sensu*, a educação pode ser compreendida como um processo de atuação dos poderes públicos e da sociedade sobre o desenvolvimento de um determinado indivíduo, a fim de que ele possa reverter os conhecimentos adquiridos em favor da sociedade e do Estado ao qual pertença e, numa visão ainda mais otimista, em favor da humanidade como um todo.

Para tanto, considera-se como incurso no processo de educação, aquele indivíduo que está sempre buscando o avanço econômico e social em um determinado Estado, sem se olvidar do princípio da solidariedade social, respeitando as diferenças individuais de cada um.

Conforme Paulo Freire<sup>85</sup> “a educação tem caráter permanente. Não há seres educados e não educados, estamos todos nos educando. Existem graus de educação, mas estes não são absolutos”.

Por isso, podemos conceber que o processo educativo é contínuo, sempre almejando a melhoria da qualidade da formação docente e discente, de sorte que não haja apenas a transmissão do conhecimento, mas sim a orientação aos indivíduos acerca da melhor forma de buscar e processar esse conhecimento.

A educação é a base de toda sociedade, sendo através dela que as pessoas podem tomar consciência dos seus direitos, podendo exigir do Estado as atitudes e políticas públicas constitucionalmente infirmadas.

Percebe-se que o direito à educação é tido como dever do Estado e direito subjetivo público de todos os cidadãos, o que desnatura a simples natureza de norma programática, estabelecendo o direito à educação como um direito fundamental, indissociável de uma existência digna e integrando o que se convencionou chamar de mínimo existencial.

Sendo concebido como direito fundamental, as normas que estipulam o direito à educação tem aplicabilidade imediata, tendo o Estado o dever de efetivar a educação em todos os seus níveis.

Nesse sentido, o art. 208 da CRFB/88 dispõe que:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação

---

85 FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido. 17º ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980

dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

Com efeito, caso a Administração Pública não tome as medidas aptas a concretizar o acesso à educação, incumbe ao Judiciário, órgão contra majoritário por natureza, assegurar ao cidadão o direito ao ensino adequado.

Vejamos uma decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal que combate justamente a inércia do Poder Executivo em fornecer às crianças o direito ao ensino:

**CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA**

UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006)- COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º)- **LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL** - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL . - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV) . - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal . - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental . - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF,

art. 211, § 2º)- não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social . - **Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.** DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL . - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g. . - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos . - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas

definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina . - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes . - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive . - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstenendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE

JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES” . - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A astreinte - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.

(STF - ARE: 639337 SP , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 23/08/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Tratando sobre o tema, Dirley da Cunha Júnior e Marcelo Novelino (2010)<sup>86</sup> doutrinam que: “Enquanto direito de todos e dever do Estado e da família, a *educação* é baseada no *princípio da universalidade*, cabendo ao Estado a tarefa de torná-la efetiva mediante a implementação das garantias previstas no art. 208”.

Ademais, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional reforça ainda mais o direito de um cidadão ou de um grupo de cidadãos de requerer a efetivação do seu direito público subjetivo à educação, vejamos:

"Art. 5º. O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.

§ 1º. Compete aos Estados e aos Municípios, em regime de colaboração, e com a assistência da União;

I - recensear a população em idade escolar para o ensino fundamental, e os jovens e adultos que a ele não tiveram acesso;

II - fazer-lhes a chamada pública;

III - zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

§ 2º. Em todas as esferas administrativas, o Poder Público assegurará em primeiro lugar o ensino obrigatório, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais.

§ 3º. Qualquer das partes mencionadas no caput deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º

---

<sup>86</sup> JÚNIOR, Dirley da Cunha; NOVELINO, Marcelo. *Teoria, súmulas, jurisprudência e questões de concurso*. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente.

§ 4º. Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

§ 5º. Para garantir o cumprimento da obrigatoriedade de ensino, o Poder Público criará formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior."

Mais uma vez nos valendo das lições basilares de Dirley e Novelino<sup>87</sup>, temos que:

Assim como ocorre com o restante da ordem social, a maior parte das normas referentes à educação tem natureza principiológica (mandamentos de otimização) e dependem de regulamentação legal (eficácia contida). Não obstante, podem ser encontradas regras (mandamentos de definição) auto-aplicáveis como a que estabelece a obrigatoriedade e gratuidade da educação básica dos 4 aos 17 anos (CF, art. 208, I) como um direito público subjetivo (CF, art. 208, §1º).

Devido à importância conferida à educação, a Constituição Federal dispôs expressamente que cada um dos entes federativos deve comprometer, anualmente, um percentual mínimo da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino: a União dezoito por cento e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento.

Os Municípios foram dotados de atuação prioritária no ensino fundamental e infantil, sendo que aos Estados e ao Distrito Federal, também foi estabelecida de forma prioritária, a manutenção do ensino fundamental e médio.

### 2.3.3. Do direito ao transporte

Por último, o direito ao transporte como já dito, foi o deflagrador de todas as manifestações populares de junho de 2013, recebendo o nome de "movimento passe livre".

Apesar de não figurar no rol dos direitos sociais, dada a sua importância para o bem-estar da sociedade brasileira, incluímos o direito ao transporte dentro do rol dos direitos sociais, de forma a facilitar também a abordagem da presente pesquisa.

Ademais, existe desde 2011 uma Proposta de Emenda a Constituição (PEC) nº 90/11, da deputada Luiza Erundina, que prevê a inclusão do transporte no grupo de direitos sociais estabelecidos pela Constituição Federal.

---

<sup>87</sup> Ibid JÚNIOR, Dirley da Cunha; NOVELINO, Marcelo, 2010.



A referida PEC já foi votada em dois turnos na Câmara dos Deputados sendo que na primeira votação, houve 329 votos a favor, um contrário e uma abstenção e no segundo turno, foram 313 votos a favor, um contrário e uma abstenção.

A PEC 90 atualmente se encontra no Senado Federal para apreciação e não há dúvidas de que a sua tramitação ganhou celeridade e uma maior atenção por parte dos parlamentares com a pressão exercida pelos movimentos populares de junho de 2013, já que estava parada desde 2011.

Nesse sentido, apesar de não constar no rol dos direitos sociais, pode-se dizer que o direito ao transporte tem a natureza de direito social, podendo-se ainda afirmar que se trata de um direito fundamental e subjetivo público.

Com efeito, o direito ao transporte público foi alçado pela sociedade brasileira como um direito indispensável, figurando como uma das três principais reivindicações nas manifestações populares do ano de 2013, demonstrando de forma inequívoca o descontentamento da população brasileira em relação a este serviço público, bem como a sua imprescindibilidade.

A mobilidade urbana é uma das questões mais críticas das grandes cidades. Os serviços públicos de transporte mostram-se escassos, precários e mal dimensionados. As contradições ficam evidentes quando observamos com mais atenção o incentivo e o investimento econômico e tecnológico que fomentam o modelo de transporte automotivo individualizado.

Com efeito, o serviço de transporte público tem estado constantemente em pauta nas sessões de julgamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que procura dar solução aos conflitos buscando garantir o bem-estar da população.

Dada a essencialidade do transporte público, a Constituição Federal de 1988 prevê no seu art. 230, §2º que aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

**EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE COLETIVO. GRATUIDADE PARA O IDOSO. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO NA ORIGEM. DEVER DE FISCALIZAÇÃO E DE EXPEDIÇÃO DE NORMA PELO ESTADO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO CONFIGURADA. Eficácia plena e aplicabilidade imediata do art. 230, § 2º, da Constituição Federal, que assegurou a gratuidade nos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos, reconhecida em precedente desta Corte (ADI 3.768/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 26.10.2007). Possibilidade de o Poder Judiciário determinar, em casos excepcionais, que o Poder Executivo adote medidas que viabilizem o exercício de direitos constitucionalmente assegurados. Ofensa ao princípio da separação de poderes não configurada. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF - AI: 707810 RJ, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 22/05/2012, Primeira Turma, Data de Publicação:**

ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 05-06-2012  
PUBLIC 06-06-2012).

Pela ementa acima colacionada, percebe-se que, não obstante a previsão constitucional, diversos entes federados vinham descumprindo o direito do idoso ao transporte público gratuito, tendo o Judiciário que intervir para garantir a efetivação destes direitos.

No site do Wikipédia<sup>88</sup> existe remissão à reportagem “Repressão Policial”, publicada no Portal Terra, onde consta que a organização não governamental (ONG) Anistia Internacional publicou uma nota afirmando que "o transporte público acessível é de fundamental importância para que a população possa exercer seu direito de ir e vir, tão importante quanto os demais direitos como educação, saúde, moradia, de expressão, entre outros" e que "é fundamental que o direito à manifestação e a realização de protestos pacíficos seja assegurado."

Isto porque, apesar da alta taxa tributária e dos altos preços cobrados pelas passagens de ônibus, resta patente para o povo brasileiro que o problema e a má qualidade dos serviços públicos de transporte não estão na falta de recursos públicos, e sim na falta de um plano de gerenciamento adequado e na má ou falta de aplicação do recurso arrecadado.

Foi realizada uma pesquisa pela Planter – Observatório do Comportamento & Tendências, em junho de 2012 (exatamente um ano antes das manifestações populares) na cidade de Salvador/BA, tendo como objeto a opinião dos soteropolitanos acerca do serviço de transporte público prestado na capital.

O resultado é que o serviço, sobretudo aquele prestado por ônibus (usado por 77% da população), foi reprovado por 74% das pessoas ouvidas. Entre os itens mais negativos, classificados como péssimos, estão a facilidade de deslocamento (rotas, percursos e linhas), o estado de conservação dos veículos (higiene, qualidade de assentos, barras de apoio e espaço), os terminais rodoviários, os horários (tempo de espera), a quantidade de veículos (frota), e a segurança e integridade pessoal.

As razões que ajudaram o transporte público a servir de fagulha nas manifestações populares de junho de 2013 são conhecidas pelos moradores das grandes cidades brasileiras. Má qualidade, em geral, na prestação do serviço tem sido o padrão numa atividade vital para a grande maioria da população.

As causas daquilo que costuma ser visível para quem depende do transporte público para se locomover foram convertidas em informações estatísticas por um oportuno levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a Pesquisa de Informações Básica Municipais<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos\\_no\\_Brasil\\_em\\_2013](http://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos_no_Brasil_em_2013)>. Acesso em 17. dez. 2014.

<sup>89</sup> Leia mais sobre esse assunto em <http://oglobo.globo.com/opiniao/ma-gestao-causa-crise-no-transporte-publico-8921244#ixzz3QtuVFICf> © 1996 - 2015. Todos direitos reservados a Infoglobo Comunicação e Participações S.A. Este material não pode ser publicado, transmitido por broadcast, reescrito ou redistribuído sem autorização.

Na pesquisa realizada constatou-se o descaso das autoridades públicas com o serviço público de transporte no Brasil: apenas 44,7% das 38 maiores cidades do país têm um plano de transporte, com diretrizes, ações a serem executadas.

É muito pouco, se for levado em conta que quase 85% dos 190 milhões de brasileiros vivem em cidades. Se forem considerados todos os mais de 5.500 municípios, não há planejamento na atividade em 98% deles. Mesmo no Rio de Janeiro, estado relativamente rico, em apenas nove das 92 cidades há plano de transporte.

### 3. MANIFESTAÇÃO POPULAR

#### 3.1. O QUE É O POVO?

A noção de povo se faz necessária, haja vista que este é o detentor do poder, tendo a prerrogativa de participar direta ou indiretamente na formação e manutenção política de determinado Estado, bem como de se insurgir contra os seus representantes quando sobrevier a percepção de que estes estão agindo em interesses próprios e não no interesse geral, para o qual foram escolhidos.

A palavra povo deriva do termo latim *populuse* e permite fazer referência a conceitos diversos, sendo o mais pacífico o de que o Povo são aquelas pessoas que participam do processo de formação jurídica de um Estado com vistas à sua constituição, possuindo uma relação jurídica permanente com este através do exercício do poder soberano. Nesse sentido, o povo é classificado como um dos quatro elementos constitutivos do Estado, ao lado do território, finalidade, governo e soberania.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê no seu primeiro dispositivo legal que:

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

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

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

V - o pluralismo político.

**Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.** (Grifei e negritei).

Segundo Paulo Bonavides<sup>90</sup> existem três significados diferentes para o povo: o político, o jurídico e o sociológico.

- O conceito político de Povo se refere ao "quadro humano sufragante, que se politizou, ou seja, o corpo eleitoral". Ou seja, está ligado a capacidade de participar da vida política de determinado Estado, seja elegendo ou se elegendo. Tal conceito não existia no absolutismo, já que o povo era identificado como um conjunto de súditos.
- Já o conceito jurídico de povo, pode ser compreendido como aquelas pessoas "que se acham no território como fora deste, no estrangeiro, mas presos a um determinado sistema de poder ou ordenamento normativo, pelo vínculo de cidadania". Temos ainda o sentido jurídico de povo quando um grupo de indivíduos se reúne, em um dado momento e determinado território, com o escopo precípua de elaborar a Constituição daquele Estado.
- No sentido sociológico, povo "é compreendido como toda a continuidade do elemento humano, projetado historicamente no decurso de várias gerações e dotado de valores e aspirações comuns". Este ponto de vista serve tanto para designar o sentido sociológico de povo como para designar o conceito de nação.

Darcy Azambuja<sup>91</sup> considera que povo é o conjunto de cidadãos, a população do Estado sob o aspecto jurídico, enquanto nação é uma comunidade unida pelo sentimento de patriotismo:

Povo é a população do Estado, considerada sob o aspecto puramente jurídico, é o grupo humano encarado na sua integração numa ordem estatal determinada, é o conjunto de indivíduos sujeitos às mesmas leis, são os súditos, os cidadãos de um mesmo Estado. Neste sentido, o elemento humano do Estado é sempre um povo, ainda que formado por diversas raças, com interesses, ideais e aspirações diferentes. Nem sempre, porém, o elemento humano do Estado é uma nação. (...) Povo é uma entidade jurídica; nação é uma entidade moral no sentido rigoroso da palavra. Nação é muita coisa mais que povo, é uma comunidade de consciências, unidas por um sentimento complexo, indefinível e poderosíssimo: o patriotismo.

O Povo pode ser classificado ainda entre subjetivo e objetivo. Tem-se o povo subjetivo quando este atua como um elemento de associação para a formação de um determinado Estado, sendo o Estado o sujeito do poder público e em sentido objetivo enquanto objeto da atividade do Estado. Ou seja, enquanto os indivíduos, se situarem na condição de objeto do poder do Estado, são sujeitos de deveres e enquanto membros do Estado são sujeitos de direito.

<sup>90</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 74-78.

<sup>91</sup> AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 36 ed. São Paulo: Globo, 1997, p. 19.

Assinala Jellinek<sup>92</sup> que povo, enquanto conjunto dos membros do Estado, possui significado jurídico e que, enquanto designação da totalidade dos súditos em oposição ao soberano, oferece um sentido político. Assim, conclui-se que povo em sentido subjetivo possui significado jurídico e em sentido objetivo possui significado político.

## 2. CONCEITO DE MANIFESTAÇÃO POPULAR.

As manifestações populares estão previstas nos arts. 1º e 5º da Constituição Federal de 1988, sendo que no primeiro está albergado dentro do Estado Democrático de Direito, enquanto que no segundo diz respeito aos direitos e deveres individuais e coletivos, senão vejamos:

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

[...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...] XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

[...] XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

A manifestação popular pode ser conceituada como o direito público do povo de se aglomerar em um espaço dentro de um território de determinado Estado, com o escopo de expor os seus pensamentos e ideias com relação a alguma situação que o atinja diretamente ou não.

Para Maria Lídia de Oliveira Ramos<sup>93</sup>: “a liberdade de manifestação consiste, pois, na possibilidade de os cidadãos se agruparem na via pública, para exprimirem uma mensagem, opinião pública, sentimento ou protesto através da sua presença e/ou da sua voz, abrangendo gestos, emblemas, insígnias, bandeiras, cantos, gritos, aclamações, entre outras formas, sem exclusão do silêncio”.

---

92 JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Cidade do México. Fundo de Cultura Econômica. 2002. p. 378.

93 RAMOS, Maria Lídia de Oliveira. O direito de manifestação. Disponível em: <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/6419.pdf>. Acesso em 22. dez. 2014.

A etimologia da palavra democracia advém do grego *demokratía* que pode ser dividida por *demos* (povo) e *kratos* (poder). A junção das duas expressões resulta em que a democracia é o poder efetivado pelo povo.

O exercício do poder pode se dar diretamente, através de plebiscito, referendo, iniciativa popular ou indiretamente, através de pessoas eleitas para, em tese, atuar no legítimo interesse da sociedade.

A Carta Magna brasileira acolheu no seu primeiro artigo o Estado democrático de direito, daí a se perceber a importância da democracia na atual ordem social e constitucional brasileira.

Tratando do tema. Lênio Streck<sup>94</sup> ensina que:

a noção de Estado democrático de direito está indissociavelmente ligada à realização dos *direitos fundamentais*, porquanto se revela um tipo de Estado que busca uma profunda transformação do modo de produção capitalista, com o objetivo de construir uma sociedade na qual possam ser implantados níveis reais de igualdade e liberdade.

Temos então que no Estado democrático de direito, o exercício do poder deve se dar pelo povo, mas não ilimitadamente, devendo reconhecer e efetivar os direitos fundamentais, respeitando não só a maioria, mas também aquela minoria menos representada. O povo é o titular do poder e o guardião dos direitos fundamentais, salvaguardando os seus similares de qualquer ameaça ou violação a tais direitos.

Para José Afonso da Silva<sup>95</sup> “a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo”.

Segundo artigo publicado pelos constitucionalistas Robério Nunes e Geisa de Assis<sup>96</sup>:

Assim, segundo a lição de José Afonso da Silva, a noção de Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, aliados a um componente revolucionário de transformação social, de mudança do status quo, de promoção da justiça social. A idéia de Estado de Direito implicaria na submissão de todos ao império da lei, na previsão da separação de poderes e na consagração de direitos e garantias individuais. O Estado

---

94 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P.36.

95 SILVA, José Afonso. “O Estado Democrático de Direito”. in *Revista de direito administrativo*, 173: 15-34, Rio de Janeiro: Jul./Set. 1988, pg. 21.

96 ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; RODRIGUES, Geisa de Assis. *Estado Democrático de Direito: conceito, história e contemporaneidade*. In: Sérgio Gonini Benício. (Org.). *Temas de Dissertação nos Concursos da Magistratura Federal*. 1ed.São Paulo: Editora Federal, 2006, v. 1, p. 97-113.

Democrático agregaria o princípio da soberania popular, com a efetiva participação do povo na gestão da coisa pública. O componente revolucionário, de sua vez, traria a vontade de transformação social.

### 3.3. MANIFESTAÇÃO POPULAR E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

O professor José Afonso da Silva<sup>97</sup> estabelece o conceito de democracia como sendo:

um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história”, e conclui com o brilhantismo habitual que a democracia é um “processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo.

As Democracias podem ser divididas em diferentes tipos: Democracia Direta, Democracia Representativa e Democracia Semidireta ou Participativa.

A democracia direta pode ser conceituada como o exercício do poder de um determinado Estado diretamente pelo povo. Ou seja, é o povo quem toma as decisões políticas fundamentais para formação e/ou desenvolvimento de um Estado. É ele quem faz as leis (poder legislativo) e também é ele que dá concretude a estas leis (poder executivo), sem que haja qualquer representante da sociedade entre o anseio popular e os atos públicos.

Com um breve vislumbre na história, percebemos que as primeiras democracias da antiguidade foram democracias diretas. O exemplo mais marcante das primeiras democracias diretas é a de Atenas (e de outras cidades gregas), nas quais o Povo se reunia nas praças e ali tomava decisões políticas.

Fazendo uma intelecção do conceito de democracia para Paulo Bonavides<sup>98</sup>, podemos extrair a seguinte lição no que tange à democracia direta ou participativa: "é aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta, todas as questões do governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo poder legítimo".

No tocante à democracia direta, ressalta Norberto Bobbio<sup>99</sup> "que todos decidam sobre tudo em sociedades sempre mais complexas como são as modernas sociedades industriais é algo materialmente impossível", pois não é possível que todos os cidadãos estejam reunidos a qualquer momento para administrar a coisa pública – a não ser que com o advento da *internet* tal reunião torne-se viável.

---

97 SILVA, José Afonso da, 2010, op. cit. p. 125.

98 BONAVIDES, Paulo. "A Democracia Direta, a Democracia do Terceiro Milênio". In *A Constituição Aberta*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, p. 17. *apud* LYCURGO (2006).

99 BOBBIO (apud CORRÊA 2010). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17692/a-democracia-moderna-na-concepcao-de-norberto-bobbio#ixzz3Qu9FRPnc>. Acesso em 21. Dez. 2014.

Já a democracia representativa é aquela na qual o povo, titular do poder e soberano, ele seus representantes, conferindo-lhes poderes para governar o país, se utilizando das decisões políticas necessárias ao interesse do povo.

Acerca do assunto José Afonso da Silva<sup>100</sup> baliza que:

Na democracia representativa a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo. A ordem democrática, contudo, não é apenas um questão de eleições periódicas, em que, por meio do voto, são escolhidas as autoridades governamentais. Por um lado, ela consubstancia um procedimento técnico para a designação de pessoas para o exercício de funções governamentais. Por outro lado, eleger significa expressar preferência entre alternativas, realizar um ato formal de decisão política.

Discorrendo acerca da temática, Fábio Comparato<sup>101</sup> doutrina que: “entre o povo e seus governantes, haveria então, apenas, uma *fiduciary relationship*, que se encontra, de resto, na essência da democracia representativa tradicional: o povo confia todos os poderes ativos aos governantes, para que estes os exerçam em benefício dele, povo”.

Conclui o doutrinador acima citado que:

no fundo, é a distinção, já feita por Aristóteles, entre os regimes políticos retos e os corrompidos. Nos primeiros, o titular do poder supremo age no interesse comum, enquanto que nos outros o soberano – mesmo em se tratando das democracias, onde a multidão (plethos) governa – age no seu interesse próprio. Referência de Aristóteles: Política III. 5.1; 1279a, 30-40.

No Brasil, a democracia adotada é a participativa, podendo ser concebida como uma junção entre alguns atributos da democracia direta e características próprias da democracia representativa.

Nesse sentido, Pedro Lenza<sup>102</sup> assinala que:

a democracia participativa ou semidireta assimilada pela CF/88 (arts. 1º, parágrafo único, e 14) caracteriza-se, portanto, como a base para que se possa, na atualidade, falar em participação popular no poder por intermédio de um processo, no caso, o exercício de soberania que se instrumentaliza por meio do plebiscito, referendo, iniciativa popular, bem como pelo ajuizamento da ação popular.

---

100 SILVA, José Afonso da, 2010, op. cit. p. 137.

101 COMPARATO, Fábio Conder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático. Estud. av. vol.11 no.31 São Paulo Set./Dec. 1997.

102 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16ª ed. rev; atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2012.



De fato, o art. 14 da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

Com efeito, quando abordarmos o assunto referente à iniciativa popular, será exposto a teoria aqui estudada, no sentido de que as manifestações populares que ocorreram no Brasil em junho de 2013 podem ser consideradas uma iniciativa popular, logo, uma expressão da democracia participativa.

Contudo, esta iniciativa popular teria um viés diferente daquela expressa na Constituição Federal, tendo inclusive força vinculante, com o condão de coagir os representantes do povo a adotar as políticas públicas de efetivação dos principais direitos ali reivindicados.

Portanto, tem-se que as manifestações populares podem ser consideradas como o exercício da democracia participativa, passando o povo a exercer diretamente a soberania para determinar a adoção de determinadas providências pelas autoridades públicas, com o objetivo de interferir na ordem política em um determinado momento histórico.

### 3.4. HISTÓRICO DAS PRINCIPAIS MANIFESTAÇÕES POPULARES NO BRASIL

A despeito das manifestações ocorridas em junho de 2013, o Brasil já havia presenciado algumas manifestações populares, cada uma com objetivos próprios e que acabaram marcando a história e a política do país.

Analisando o retrospecto histórico das nossas manifestações, fica fácil perceber que a reunião do povo nas ruas para reivindicar o que entender de direito, tem como desdobramento, na grande maioria das vezes, a adoção destas reivindicações pelas autoridades públicas. Foi assim que ocorreu nas manifestações anteriores e assim que ocorreu nas manifestações de junho de 2013.

Dentro do contexto histórico brasileiro, a primeira manifestação popular do Brasil foi cunhada como Revolta da Vacina, tendo ocorrido entre dez e dezesseis de novembro de 1904, durante o período da República Velha, havendo a participação de milhares de pessoas (não há registros de um número aproximado) e foi marcada pela participação de militares e do povo.

A fonte de todo o descontentamento da população brasileira ocorreu por conta de uma lei, criada pelo sanitarista Oswaldo Cruz e que tornava a vacina contra a varíola obrigatória. A lei ainda dava permissão para que os agentes de saúde invadissem as

residências e aplicassem as vacinas através do uso da força na população, levantando os braços e pernas e tirando partes das roupas das pessoas.

Também tivemos as greves operárias, que ocorreu em dois períodos distintos, sendo que a primeira ocorreu em 1907 e a segunda ocorreu em 1917, esta reunindo por volta de quarenta e cinco mil pessoas. Ambas tinham como escopo melhores condições de trabalho, almejando principalmente um salário maior e uma menor jornada de trabalho.

As greves operárias tiveram como consequência a redução da jornada de trabalho dentre o reconhecimento de outros direitos, culminando na aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943.

O ano de 1954 foi marcado pelo suicídio do presidente Getúlio Vargas, que ocorreu principalmente por conta da forte pressão política que vinha sofrendo da imprensa, militares e também dos setores empresariais.

Na manhã seguinte após a sua morte, a carta-testamento por ele escrita e que continha críticas aos seus opositores foi divulgada pela mídia, gerando intensa revolta da população, que saiu às ruas em várias cidades do país, chegando ao número aproximado de três milhões de pessoas. As referidas manifestações tiveram como consequência o afastamento dos opositores de Vargas do poder.

A quarta manifestação popular brasileira eclodiu na década de 1960, durante o conturbado contexto em que estava inserido o governo de João Goulart. Isto porque o debate político sobre a implementação das Reformas de Base gerou uma forte mobilização e radicalização política no País.

As duas principais manifestações contrárias ao governo de João Goulart foram a “Marcha da Família, com Deus, pela Liberdade”, que levou às ruas centenas de milhares de pessoas que se opunham ao pretenso comunismo de João Goulart, organizada para servir principalmente como uma resposta ao comício realizado no Rio de Janeiro em 13 de março de 1964, durante o qual o presidente anunciou seu programa de reformas de base; e o golpe militar, articulado pelas elites civis e militares, com o apoio da Embaixada dos Estados Unidos, de diversos veículos de comunicação e da Igreja Católica.

Já no ano de 1968 houve uma passeata contra a ditadura militar, composta por cerca de cem mil pessoas, organizada pelos movimentos estudantis, mais que ganhou apoio de artistas, intelectuais e outros membros da sociedade brasileira.

Entre janeiro e abril de 1984 ocorreu os Comícios das Diretas Já, no momento em que o país vivia os últimos anos da ditadura civil-militar, chegando a reunir cerca de um milhão de pessoas no Rio de Janeiro no dia 10 de abril de 1984 e atingindo o ápice no dia 16 de abril do mesmo ano, no Vale do Anhangabaú, em São Paulo, com um milhão e quinhentas mil pessoas.

O objetivo destas manifestações populares era a aprovação de uma lei com o intuito de trazer de volta as eleições diretas para a Presidência da República, que estavam abolidas desde 1964.

A última manifestação de grandes proporções ocorreu há aproximadamente vinte anos antes da manifestação popular de junho de 2013, mais precisamente, no ano de 1992.

Estas manifestações populares tiveram como escopo o impeachment do ex-presidente Fernando Collor de Mello, embasadas por denúncias de corrupção que apareciam com cada vez mais frequência nos meios de comunicação, tendo as denúncias sido efetuadas pelo irmão do então presidente.

As manifestações ficaram marcadas pelos Caras Pintadas, que eram jovens que pintavam os seus rostos com a bandeira do Brasil, atingindo cerca de setecentos e cinquenta mil pessoas em São Paulo no dia 18 de setembro.

Como resultado da pressão exercida pelo povo, Collor renunciou ao cargo, que foi assumido pelo vice-presidente do país na época, Itamar Franco.

### 3.5. MANIFESTAÇÃO POPULAR DE JUNHO DE 2013. PRINCIPAIS ASPECTOS

As manifestações populares ocorridas no Brasil receberam diversos nomes, dentre eles “A Manifestação dos 20 centavos”, “Manifestações de Junho” ou “Jornadas de Junho” e tiveram início em meados de abril de 2013, tendo o seu ápice em junho e finalizando em julho de 2013. Ademais, foi considerada a segunda maior manifestação já ocorrida no Brasil, ficando atrás apenas da manifestação pelo *impeachment* de Collor.

Pode-se afirmar que o motivo que deflagrou o movimento popular foi o referente ao aumento das passagens de ônibus municipal, aumentando 20 centavos ao valor anteriormente estipulado de R\$ 3,00, principalmente a ocorrida no estado de São Paulo, em 13/06/2013.

Porém, as manifestações começaram a ganhar proporções gigantescas quando se somou ao aumento das passagens de ônibus todas aquelas circunstâncias que vinham atormentando a sociedade brasileira há muitos anos, e que, aparentemente, tinha ultrapassado o limite de paciência da sociedade brasileira.

Sem dúvida, um destes principais fatores é a falta de correspondência entre a desproporcional arrecadação tributária pelos entes brasileiros e a insuficiente contraprestação estatal, ingredientes de insatisfação que fazem parte da história do Brasil.

Como exemplo, tomemos a Revolta do Vintém, que foi um protesto ocorrido entre 28 de dezembro de 1879 e 04 de janeiro de 1880, nas ruas do Rio de Janeiro, na época capital do império brasileiro, contra a cobrança de um tributo de vinte réis, ou seja, um vintém, nas passagens dos bondes, instituída pelo ministro da fazenda, Afonso Celso de Assis Figueiredo, resultando na anulação do reajuste do transporte.

Percebe-se a similaridade entre esta manifestação, ocorrida em 1879 e a de junho de 2013, que também teve como motivo inicial o aumento nas passagens de ônibus. Ou seja, há pelo menos 130 (cento e trinta) anos temos uma alta taxa para o transporte público e a inefetividade do serviço de transporte, gerando incontestável descontentamento do povo brasileiro.

Não obstante, segundo informação do jornal Gazeta do Povo103, logo após as eleições de 2014, os governos adotaram medidas para incrementar ainda mais a taxa tributária, fazendo com que o Brasil se encaminhe para a maior carga tributária da sua história:

“A carga tributária brasileira deverá chegar ao maior nível de sua história em 2015. Assim que foi anunciado o resultado das eleições de outubro, o governo federal e os governos estaduais começaram a se articular para aumentar a arrecadação, seja por meio do aumento de tributos, seja ressuscitando impostos, como a Contribuição Provisória Sobre Movimentações Financeiras (CPMF)”.

Por isso, pode-se afirmar que as causas que ensejaram as manifestações foram oriundas de diversos fatores negativos, presentes em todas as esferas do Estado brasileiro, a exemplo da corrupção, da alta taxa tributária, dos gastos públicos em serviços não essenciais, violência policial, e também com os exorbitantes gastos públicos e superfaturamento das obras nos grandes eventos esportivos internacionais que o país iria sediar, como a Copa das Confederações de 2013, a Copa do Mundo em 2014 e as Olimpíadas em 2016.

Apenas quatro dias após seu início, as manifestações populares se espalharam por todo o país, surgindo em diversos estados brasileiros, até mesmo no exterior. Nesse prisma, começou a ficar claro que o foco de irrisignação dos manifestantes se dava por conta da preferência de aplicação de gastos públicos em serviços e atividades não essenciais à sociedade brasileira, relegando ao segundo plano direitos sociais como o direito à saúde, educação e também do direito ao transporte público acessível.

Observou-se também que em todas as manifestações se sobressaía a indignação popular em relação à péssima política pública aplicada à saúde, educação e ao transporte, razão pela qual são os direitos abordados nesta monografia.

De acordo com os dados colhidos pela Revista Época104, no dia 17 de junho de 2013, uma segunda-feira, cerca de 300 (trezentos) mil brasileiros saíram as ruas para protestar em 12 (doze) cidades espalhadas pelo Brasil. Já no dia 20 de junho do mesmo ano, houve um pico de mais de 1,4 (um milhão e quatrocentas mil) pessoas nas ruas em mais de 120 (cento e vinte) cidades pelo Brasil, mesmo depois das reduções dos valores das passagens anunciadas em várias cidades.

A rápida difusão das manifestações se deve ao principal meio de comunicação da era: a internet. De fato, foi principalmente através dos sites de notícias, das mensagens instantâneas em grupo e das redes sociais que as informações sobre a falta de investimento em saúde, educação e um transporte público aceitável chegou até os cidadãos brasileiros, principalmente os jovens, que foi o grupo dominante nas manifestações.

A organização das manifestações populares também eram feitas pela internet, onde era agendado o dia, o local e a pauta de reivindicações. Posteriormente, surgiu a figura

---

103 Disponível em:

<<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1520538&tit=Passadas-as-eleicoes-Brasil-caminha-para-a-maior-carga-tributaria-da-historia>>. Acesso em: 02. jan. 2015.

104 Revista Época n.787 de 24. jun. 2013, p. 27-36.

do Anonymous105 (palavra de origem inglesa, que em português significa anônimo), que é uma legião que se originou em 2003. Tal legião representa o conceito de muitos usuários de comunidades online existindo simultaneamente como um cérebro global.

Na sua forma inicial, o conceito tem sido adotado por uma comunidade online descentralizada, atuando de forma anônima, de maneira coordenada, geralmente em torno de um objetivo livremente combinado entre si e voltado principalmente a favor dos direitos do povo perante seus governantes.

A partir do ano de 2008, o Anonymous ficou cada vez mais associado ao hacktivismo (junção de *hack* e ativismo), colaborativo e internacional, realizando protestos e outras ações, com o objetivo de promover a liberdade na Internet e a liberdade de expressão, além de ideologias políticas. Os atos que ganham o rótulo de Anonymous são realizadas por indivíduos não identificados que atribuem o rótulo de "anônimos" a si mesmos.

O meio virtual de difusão do movimento popular favoreceu até mesmo a proliferação das manifestações para países diversos, a exemplo da Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha, Portugal, França, dentre outros, totalizando 27 (vinte e sete cidades) fora do Brasil. Além disso, os protestos receberam ampla cobertura internacional.

Não obstante a prevalência dos jovens, todo o tipo de pessoa foi para as manifestações, sendo que, mesmo aqueles que não se aventuraram a ir para o meio dos clamores populares, de alguma forma apoiavam ou incentivavam os movimentos.

Em várias cidades eram exibidos cartazes com os seguintes jargões: "FIFA, paga minha tarifa" e entoando bordões como "Ei, Brasil vamos acordar: um professor vale mais do que o Neymar". Outros cartazes incluíam ainda "Queremos hospitais padrões FIFA" e "Da Copa eu abro mão, quero é investimento em saúde e educação".

Há quem diga que as manifestações populares não trazem mudanças significativas, e que as manifestações de 2013 eram muito abstratas, tendo uma ampla gama de direitos reivindicados, o que acabaria por impedir a real concretização destes direitos.

Nesse contexto, Fábio Konder Comparato<sup>106</sup> salienta que “na América Latina, em particular, a invocação do povo exerce, atualmente, a mesma função hierárquica que representava, nos tempos coloniais, a invocação da figura do Rei. “As ordenações de sua Majestade”, diziam sem ironia os chefes locais ibero-americanos, “acatam-se, mas não se cumprem”.

Contudo, apesar do respeitável posicionamento do doutrinador supracitado, tem-se que, em verdade, várias das invocações do povo foram atendidas pelos governantes e legisladores durante e após as manifestações, trazendo sim resultados concretos. Vejamos algumas delas:

---

105 LANDERS, Chris. Serious Business: Anonymous Takes On Scientology (and Doesn't Afraid of Anything). Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Anonymous>. Acessado em: 02. jan. 2015.

106 COMPARATO, Fábio Conder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático. Estud. av. vol.11 no.31 São Paulo Set./Dec. 1997.

Dentre as causas listadas duas rapidamente geraram resultados. A primeira foi a rejeição a PEC 37 (apelidada de PEC da impunidade), que tinha como objetivo proibir o Ministério Público de realizar investigação criminal e executar diligências, de forma a tornar exclusiva essas atribuições para as polícias civis e federais. Ao todo, foram 430 votos pela derrubada da PEC, nove favoráveis à proposta e duas abstenções.

A segunda foi a aprovação, pelo Senado Federal do projeto de lei que classificava a corrupção como crime hediondo e que atualmente se encontra pronta para inclusão em pauta no plenário da Câmara dos Deputados<sup>107</sup>.

No dia 24 de junho, a presidente do Brasil reuniu-se com 26 prefeitos e 27 governadores para apresentar algumas propostas de modificação para atender aos anseios populares entre os três níveis do governo.

No que pertine ao transporte público ficou decidido que seriam feitos investimentos em corredores de ônibus e metrô. Seria ainda criado um Conselho Nacional de Transporte Público onde haveria a participação da sociedade. Por último, foi considerada a desoneração de PIS (Programa de Integração Social) e COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) para o diesel de ônibus e para a energia elétrica de trens e metrô. E é claro, na maioria das cidades não houve o aumento do preço das passagens do transporte público como havia sido anunciado.

Em relação à saúde, foi debatida e aprovada a ideia que prestigiou a aceleração dos investimentos contratados para a construção de unidades de pronto atendimento, unidades básicas de saúde e hospitais e ainda a ampliação do sistema que troca dívidas de hospitais filantrópicos por mais atendimentos.

Consolidou-se o entendimento de conferir aos médicos maiores incentivos para que estes fossem trabalhar nas regiões mais pobres e distantes, e que caso essa política não fosse suficiente, que houvesse a designação de médicos estrangeiros a estes lugares.

Seria ainda tomada pelo governo uma série de outras medidas para melhorar as condições de trabalho nos hospitais públicos. Por último, figurando como uma das principais medidas foi estabelecido que 25% dos royalties do petróleo seriam destinado à saúde.

O direito social que obteve maior promessa de concretização foi o direito à educação, sendo certo que 75% dos royalties do petróleo e 50% do pré-sal iriam ser destinados a este direito social.

O ministro da Educação, Aloizio Mercadante<sup>108</sup>, asseverou que o dinheiro dos royalties do petróleo vão começar a ter um efeito mais decisivo na educação a médio prazo, entre sete ou oito anos, quando pela previsão do governo a exploração do campo de Libra, na Bacia de Santos, esteja em pleno funcionamento.

---

107 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=583945>. Acesso em 05. jan. 2015.

108 Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2013/09/royalties-vao-injetar-r-368-bilhoes-na-educacao-em-30-anos-diz-ministro.html>. Acesso em 10. jan. 2015.

Nas palavras do ministro: "A nossa estimativa para os próximos 30 anos é de um crescimento da ordem de R\$ 368 bilhões no investimento em educação, no mínimo, podendo a chegar a R\$ 500 bilhões, ou seja, meio trilhão de reais".

Portanto, tem-se que os direitos sociais à saúde, educação e ao transporte público de qualidade foram o principal alvo das manifestações populares de junho de 2013, por conta da reiterada omissão do poder público na concretização destes direitos, elencados como essenciais pela sociedade brasileira.

Percebeu a sociedade brasileira que, não obstante as tentativas do Poder Judiciário em assegurar, nos casos concretos, a implementação destes direitos, encontrou como único caminho o exercício direto da democracia, ao sair às ruas para se manifestar, frente ao sentimento de falta de representatividade e descrença perante os seus representantes.

Pode-se concluir então que as manifestações populares de junho de 2013 trouxeram significantes concretizações aos direitos sociais reivindicados, o que corrobora com o título desta monografia, no sentido de que as manifestações representaram uma iniciativa popular com o objetivo de concretizar os direitos sociais e, por isso, vinculante para todas as esferas de poder

### 3.6 INTERPRETAÇÕES REALIZADAS PELO SENSO COMUM SOBRE AS MANIFESTAÇÕES POPULARES NO BRASIL EM JUNHO DE 2013

As manifestações populares ocorridas em junho de 2013 causaram surpresa e um certo alvoroço na sociedade brasileira. Em uma palestra realizada na Justiça Federal do Ceará, o professor André Coelho tratou das diversas interpretações possíveis acerca das causas que ensejaram as manifestações ocorridas no Brasil, abordando os principais pontos. Foram trazidos ainda alguns posicionamentos de sociólogos estrangeiros sobre outras manifestações ocorridas ao redor do mundo.

Perlustrando o vídeo, intitulado de "Interpretações sobre as manifestações"<sup>109</sup>, bem como o artigo nomeado de "Entendendo os protestos no Brasil: Oito Interpretações"<sup>110</sup>, retiramos os principais pontos que se aplicam a esta pesquisa, com o escopo de obter um norte mais completo acerca do significado e das causas que geraram as manifestações.

A 1ª interpretação foi aquela realizada principalmente pela imprensa, que ainda tinha uma postura política predominantemente autoritária e não conseguiu absorver da forma ideal a democracia constitucional. O principal ponto destacado pela imprensa foi no sentido de que as manifestações eram feitas por pessoas da classe média/alta que eram "rebeldes sem causa", querendo protestar por alguma coisa, e que o protesto se restringia ao aumento de 20 (vinte) centavos de um meio de transporte que eles nem utilizavam.

---

109 Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2013/10/19/interpretacao-sobre-as-manifestacoes-andre-coelho/>. Acesso em: 15. nov. 2014.

110 COELHO, André. Entendo os protestos no Brasil: Oito interpretações. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2013/06/entendendo-os-protestos-no-brasil-oito.html>. Acesso em: 15. nov. 2014.

Este tipo de pensamento recebe o nome de interpretação reacionária, caracterizada pela reação do intérprete, que se opõe à revolução ou ao progresso, desejando manter o estado social e/ou econômico ao qual está inserido. Este tipo de interpretação resulta em críticas ferrenhas aos manifestantes, já que os intérpretes não se interessam pela política, ou acham que as manifestações servem apenas para fazer barulho e atrapalhar o cotidiano, sem nenhuma força capaz de interferir no cenário político.

Os protestos tiveram cobertura midiática imediata no Brasil. Em referência aos protestos do dia 11 de junho de 2013, numa reportagem publicada no dia posterior ao das manifestações, o jornal Folha de São Paulo criticou veementemente as manifestações, acusando os manifestantes de vandalizarem as ruas da cidade.

No dia seguinte, publicou em seu editorial que os manifestantes eram jovens predispostos à violência por uma ideologia pseudorevolucionária, e que tinham como objetivo tirar proveito da compreensível irritação geral com o preço pago para viajar em ônibus e trens superlotados. Criticou ainda o fato de que os protestos eram realizados em horário de pico na avenida Paulista, de forma a chamar mais atenção ao atrapalhar o trânsito naquela região.

O jornal O Estado de S. Paulo tomou um posicionamento similar ao da Folha de S. Paulo em 12 de junho: acusou os manifestantes de destruir agências bancárias e lojas, pichar prédios e incendiar ônibus, para no dia seguinte (13 de junho), taxar os organizadores dos protestos de "baderneiros". Não satisfeito, acusou ainda os manifestantes de "aterrorizar a população" e dizer que o vandalismo "tem sido a marca do protesto", além de considerar "moderada" a reação da Polícia Militar e cobrar ainda mais rigor das polícias nos próximos protestos que já estavam se organizando<sup>111</sup>.

Em comentário feito no dia 12 de junho, o jornalista Arnaldo Jabor, no Jornal da Globo, afirmou que a grande maioria dos manifestantes seria composta por jovens de classe média e que a manifestação seria decorrente de ignorância política e do estímulo dos protestos na Turquia. Em tom provocador, Jabor questionou por que não os manifestantes não estavam lutando contra a PEC 37 que, em sua opinião, seria um motivo mais legítimo. Por fim, concluiu no sentido de que os manifestantes talvez nem sequer tivessem conhecimento do que era a PEC 37 e que não valhiam sequer os R\$0,20 do aumento das passagens. No dia 17, em sua seção na Rádio CBN, se desculpou por suas declarações, afirmando que temia que a energia fosse gasta com uma reivindicação boba, mas que viu que o problema era muito maior<sup>112</sup>.

Dispondo de modo diverso mas no mesmo sentido, a revista semanal Veja São Paulo acusou, em 14 de junho, o Movimento Passe Livre de provocar "doses de barulho e de confusão inversamente proporcionais ao seu tamanho". Também afirmou, na mesma edição, que os manifestantes protestam "sempre nas artérias principais da cidade, para chamar atenção, causando a maior balbúrdia possível e prejudicando um incalculável número de cidadãos que não consome drogas, trabalha oito horas por dia, não desfruta de imunidade sindical, sofre com o trânsito e quer viver em paz, com segurança, tendo assegurado seu

<sup>111</sup> Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos\\_no\\_Brasil\\_em\\_2013](http://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos_no_Brasil_em_2013). Acesso em 15. nov. 2014.

<sup>112</sup> Jornal da Globo. Arnaldo Jabor fala sobre onda de protestos contra aumento nas tarifas de ônibus. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/videos/t/edicoes/v/arnaldo-jabor-fala-sobre-onda-de-protestos-contr-aumento-nas-tarifas-de-onibus/2631566/>. Acesso em: 17. nov. 2014.



sagrado direito de ir e vir". Reconheceu, porém, o despreparo da Polícia Militar para lidar com situações semelhantes e que ela "perde a razão quando exagera na força"113.

Em combate a estas inverdades anunciada prematuramente pela imprensa, começou, através das redes sociais, um movimento de legitimação das manifestações, com as expressões “não é só pelos 20 centavos”, onde se abriu o leque de insatisfação, de forma a trazer novos aderentes aos movimentos.

A 2ª interpretação foi a de que o aumento das passagens de ônibus foi só a gota da água, onde historicamente não foi cumprido ou realizado nenhum pedido que impulsionasse o país, surgindo o novo slogan de que o “gigante acordou”, se referindo à cultura de passividade do povo brasileiro mas que chegou no fim da sua paciência, onde os governantes teriam que fazer o que lhes fosse determinado na rua.

Tratava-se, pois, de um movimento de brasileiros indignados e que, por um lado ganhava imponentia e a simpatia de um número cada vez maior de pessoas por incluir na pauta de reivindicações novas insatisfações comuns a todo o povo brasileiro, mas que, por outro lado, perdia a sua capacidade de transformação social por conta da heterogeneidade e generalização que vinha tomando.

Em reportagem publicada pelo Correio do Brasil114, consta que:

Assim como na música de Chico Buarque, as manifestações populares pelo país afora mostram que para o povo brasileiro **essa última “desatenção” do aumento da passagem dos ônibus foi a gota d’água** que fez transbordar o pote de desilusões, de revolta, de indignação contra todos os “sapos” engolidos ao longo do tempo. Nesse grande pacote estão o histórico descaso com as reais necessidades do povo, o quase deboche presente na corrupção desenfreada, as obras superfaturadas na cara de pau, os personagens que se perpetuam como ratos cevados sempre imunes aos venenos, rindo dos gatos impotentes para caçá-los, as tentativas de neutralizar qualquer instrumento de punição, como a PEC 37, amordaçando o Ministério Público. (Grifei e negritei).

Nesse mesmo sentido foi a reportagem intitulada de “As manifestações e a crise da representação política no Brasil”, datada de 02 de julho de 2013 na Carta Potiguar, onde mais uma vez foi escrito que o aumento do preço das passagens serviu como o estopim das manifestações populares ocorridas em junho de 2013 no Brasil.

A 3ª interpretação, chamada pelo professor André Coelho de reacionária inter-regional por perfilhar parte do pensamento da primeira corrente, era também conservadora, no sentido de que as manifestações eram legítimas somente no estado de São Paulo e que nos outros locais eram tentativas ilegítimas de imitar um tipo de protagonismo político iniciado

---

113 João, Batista Jr.; Juliana Deodoro (14 de junho de 2013). Um protesto por dia, quem aguenta? Veja São Paulo. Acesso em 15 nov. 2014.

114 Disponível em: <http://correiodobrasil.com.br/noticias/opiniaio/oscar-berro-a-gota-dagua/621229/>. Acesso em 15 nov. 2014.

em São Paulo, ou seja, nos outros estados brasileiros as manifestações não tinham legitimidade.

Tal interpretação começou a surgir na medida em que começavam as manifestações nos outros estados e a principal crítica era a de que nos outros estados não houve qualquer aumento das passagens de ônibus, ou, se houve, o povo já tinha se conformado com o novo valor.

A 4ª interpretação passa do eixo conservador para o revolucionário, interpretando-se que estas manifestações tinham o condão de revolucionar o país, derrubando as estruturas conservadoras, eliminando de vez todos os problemas históricos, tomando frente da política nacional para fazer funcionar as instituições, bem como direcionar os recursos públicos para os principais direitos sociais desatendidos pelas autoridades públicas brasileiras.

### 3.7. INTERPRETAÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES POPULARES MUNDIAIS FEITA PELOS PENSADORES E CIENTISTAS SOCIAIS

Para o professor André Coelho, os pensadores a seguir individualizados aplicavam as mesmas linhas de interpretações no que tange às manifestações populares que eclodiram ao redor do mundo, a exemplo dos movimentos nos EUA, Espanha, Grécia e Turquia, razão pela qual se poderia supor que tais linhas de intelecção se aplicariam também às manifestações ocorridas no Brasil.

A 1ª interpretação é realizada pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman e pelo sociólogo espanhol Manuel Castells, e tem como ponto semelhante a localização do objeto da indignação do povo no próprio sistema democrático representativo. Isto porque, a população não se sente mais representada, já que os seus direitos e interesses não estão sendo atendidos. Nesse interím, a solução tomada pelo povo é a de retomar a política e o poder decisório da mão dos seus representantes para a exercer diretamente, direcionando a coisa pública para o interesse público.

Para Castells, com a evolução das sociedades, estas se tornaram mais diversificadas e complexas, razão pela qual haveria um déficit de legitimação, já que os representantes do povo não teriam conseguido acompanhar o ritmo das mudanças sociais. Haveria, portanto, uma crise no sistema democrático participativo e o escopo do povo seria o de se reaproximar dos seus representantes ou retomar o poder político.

Contudo, para Bauman, esta insatisfação é oriunda de um problema ético, já que os representantes tutelam muito mais os interesses do mercado, das grandes empresas, do que o interesse dos seus representados.

Contudo, tais posicionamentos sofrem críticas, porque as principais reivindicações não eram procedimentais e sim substantivas, razão pela qual fica claro que o povo não quer retomar o poder para si, mas cujo objetivo consiste em forçar os representantes a implementar as medidas adequadas para a satisfação dos interesses e direitos ali reivindicados.

De fato, o povo brasileiro não quer o fim do sistema representativo ou da democracia direta, quer apenas a concretização dos seus direitos sociais por aqueles eleitos para os representar. Dessa forma, fica claro que o objetivo das manifestações populares não era o afastamento do sistema representativo, mas sim a pressão em cima deste para que se procedesse às devidas reivindicações.

A 2ª interpretação foi realizada pelo filósofo político marxista italiano Antonio Negri, e foi concebida no sentido de que o motivo dos protestos é a indignação do povo contra o não cumprimento das promessas do bem-estar social. Nesse sentido, no momento em que o povo tomou consciência de que aquelas promessas do bem-estar-social, a exemplo da redução das desigualdades e do fornecimento de condições dignas de vida para todos não mais se concretizariam, há o surgimento de um conflito político interno que desaguaria em revoltas e manifestações.

Na concepção do professor André Coelho, esta interpretação:

Fornecer tanto uma causa remota quanto uma causa próxima. A causa remota seria a perda da esperança do cumprimento da promessa do Estado de bem-estar. A causa próxima seria cada conflito político interno, mas não em razão do que este conflito significa em si mesmo, e sim de como ele revela e recorda o ambiente de desesperança que produz a revolta.

Entretanto, essa interpretação também sofre críticas, na medida em que as manifestações populares por ele pesquisadas ocorreram justamente nos países em que não existia essa política de bem-estar-social, a exemplo da Grécia e da Turquia, além de, em outros Estados, estes movimentos serem completamente desvinculados de qualquer pressão pelo reconhecimento do bem-estar-social.

A 3ª interpretação foi cunhada pelo filósofo francês Jacques Rancière quando realizou palestra para os protestantes do Occupy Wall Street. Na ocasião, sustentou que em todas estas manifestações existe o mutismo político, ou seja, fica claro “contra o que” as pessoas estão se manifestando, mas elas não conseguem explicar a forma pela qual devem ser sanados os problemas apontados, bem como de que maneira ficariam satisfeitas.

Isto ocorreria porque o povo está assolado por termos políticos e, quando quer expressar o que está sentido no seu íntimo, só consegue expressar a linguagem política previamente formulada e incrustada na sociedade. Sendo assim, o povo quer atingir o inimigo (Estado) usando das armas por ele forjadas (política), razão pela qual não consegue criar novas soluções. Estabelece que, sem alternativas, a única forma de o povo conseguir manifestar o que sente no íntimo sem falar a língua do inimigo (política pública) é indo às ruas.

A alternativa encontrada por Rancière é criar uma nova linguagem política, o que só pode ser feito imaginando outros mundos e outra forma de viver, esquecendo as previamente concebidas pelo homem, como a do Estado Democrático de Direito, a forma federativa de Estado, dentre outros. Salienta ainda que esta dissociação com os conceitos anteriormente firmados só pode se dar através da arte ou da linguagem alternativa, pois o

artista exterioriza a sua subjetividade de forma objetiva, fazendo com que outras pessoas que sentem a mesma coisa entendam e compartilhem da mesma linguagem.

A 4ª e última interpretação é de autoria do filósofo esloveno Slavoj Žižek, estabelecendo que as manifestações são feitas de maneira tão abstrata que as pessoas não querem na verdade mudar o sistema, por terem medo. Isto porque elas sabem no fundo que fazem parte, se utilizam e beneficiam de tudo aquilo contra o que estão se manifestando. O problema não está em não conseguir imaginar as soluções, mas o medo de aplicar as soluções por conta das mudanças que ocorreriam em todo o seio da sociedade.

Para ele, as pessoas só sonham em mudar as coisas, mas não desejam a mudança de fato, isto porque se as desejassem formulariam um plano de atuação com proposições concretas, e não difusas e abstratas.

Conclui dizendo que se o povo realmente pretender mudanças tem que abraçar a política, pois, por mais suja que ela pareça, só através delas pode haver mudanças concretas.

#### **4. INICIATIVA POPULAR**

O processo legislativo é realizado ordinariamente pelos representantes do povo no Congresso Nacional, mediante a apresentação dos projetos de lei à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal.

Contudo, modernamente houve um alargamento nas hipóteses de iniciativa legislativa, de sorte que existe previsão constitucional para a apresentação de projetos de lei de iniciativa privativa de algumas pessoas ou órgãos, a exemplo de projetos apresentados pelo Presidente da República, Supremo Tribunal Federal, e pelo povo brasileiro.

A iniciativa popular tem previsão no art. 14 da Constituição Federal de 1988 como uma das formas de exercício da soberania popular, ao lado do plebiscito e do referendo.

Para os doutrinadores Dirley da Cunha Jr. e Marcelo Novelino<sup>115</sup>:

A iniciativa legislativa popular é uma vitória da cidadania, que possibilita ao cidadão participar diretamente do processo legislativo ordinário, com apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Sabe-se ainda que a iniciativa popular pode ser exercida no âmbito de todos os entes federados, seja no federal (art. 61, §2º), no Estadual, (art. 27, §4º) e ainda na seara Municipal, conforme disposto no art. 28, inciso XI, todos da Constituição Federal.

Já o art. 61, §2º, da Carta Magna estabelece as formalidades para a participação popular no processo legislativo, *ipsis litteris*

---

<sup>115</sup> Ibid JÚNIOR, Dirley da Cunha; NOVELINO, Marcelo, 2010.

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Da leitura do dispositivo legal em destaque pode-se extrair os requisitos necessários para a realização da iniciativa popular:

- a) A necessidade de apresentação à Câmara dos Deputados de um projeto de lei que pode ser:
  - não articulado/por moção: O projeto de lei por moção equivale a uma petição, contendo os termos gerais do assunto que é pleiteado pelo povo, pronto para ser discutido e votado pelo Poder Legiferante. Tal forma de apresentação da iniciativa popular é corroborada pelo disposto no art. 13, §2º da lei 9.709/98 que dispõe que o projeto de lei de iniciativa popular não será rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados corrigir eventuais impropriedades técnicas ou redacionais.
  - articulado/redigido em artigos: Há um encadeamento lógico de artigos que trazem no seu bojo o pleito popular. No dizer de Ferreira Filho<sup>116</sup>, a iniciativa popular articulada “consiste na apresentação de projeto popular ao órgão legislativo, num texto em forma de lei, redigido de maneira articulada, pronto pra ser submetido à discussão e deliberação”.
- b) A subscrição por, no mínimo, 1% (um por cento) do eleitorado nacional, distribuídos em pelo menos cinco Estados com não menos de 0,3% (três décimos por cento) dos eleitores de cada um deles.

Conforme se percebe da literalidade do art. 14 da Constituição Federal de 1988, a iniciativa popular só tem cabimento para projetos de lei ordinária e lei complementar, não servindo, pois, para a propositura de proposta de emendas à Constituição.

---

116 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1992, vol. 2.

Nesse sentido, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino<sup>117</sup>, doutrinam que, “ao contrário do que foi previsto em relação ao processo legislativo de elaboração das leis (CF, art. 61, § 2.o), não foi contemplada pela vigente Carta da República a possibilidade de iniciativa popular no processo de reforma da Constituição, isto é, os cidadãos não dispõem de legitimidade para apresentar uma proposta de emenda à Constituição”.

Fazendo um esboço histórico acerca da iniciativa popular no Brasil, Pedro Lenza<sup>118</sup> salienta que existem quatro projetos de lei de iniciativa popular aprovados, vejamos:

- a) Lei n. 8.930/94 — conhecido como o Projeto de Iniciativa Popular Glória Perez, em razão do homicídio de sua filha, o documento reuniu mais de 1 milhão e 300 mil assinaturas, culminando com a modificação da Lei de Crimes Hediondos. Cabe alertar, contudo, que, na prática, esse projeto foi encaminhado pelo Presidente da República, pela Mensagem n. 571, de 08.09.1993, que, autonomamente, já teria iniciativa para deflagrar o processo legislativo. No site da Câmara dos Deputados, o projeto aparece como sendo de coautoria do Executivo e da Iniciativa Popular. No site do Senado Federal, contudo, na tramitação legislativa aparece como sendo somente do Executivo;
- b) Lei n. 9.840/99 — conhecido como “captação de sufrágio”, buscou, nos termos de sua justificativa, “... dar mais condições para que a Justiça Eleitoral possa coibir com mais eficiência o crime de compra de votos de eleitores” (DCD, 15.09.1999, p. 41598). Iniciou-se com o lançamento do projeto “Combatendo a corrupção eleitoral”, em fevereiro de 1997, pela Comissão Brasileira de Justiça e Paz (CBJP), com o apoio da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), sendo apoiada a iniciativa por mais de 60 entidades.
- c) Lei n. 11.124/2005 — conhecida como “fundo nacional para moradia popular”, a lei dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) e institui o Conselho Gestor do FNHIS.
- d) LC n. 135/2010 (“Ficha Limpa”) — muito embora tenha sido iniciada a discussão a partir de projeto originário do Executivo (PLP 168/93), o Projeto de Lei Complementar n. 518/2009 (Câmara dos Deputados) foi encaminhado por diversos Deputados Federais, apoiado por um milhão e setecentas mil assinaturas, com o objetivo de tramitar como projeto de iniciativa popular. Assim, puramente, não foi um projeto

---

117 PAULO; ALEXANDRINO (apud LENZA 2012, p. 557.

118 Ibid LENZA, 2012, p. 554-556.

exclusivamente de iniciativa popular, mas, sim, teve ampla aceitação da sociedade.

A previsão constitucional do instituto da iniciativa popular tem como escopo principal atender ao princípio democrático, na medida em que confere ao povo a possibilidade de exercer a soberania popular diretamente, sem a participação dos seus representantes na elaboração das leis, apresentando os projetos de lei diretamente à Câmara dos Deputados.

Nesse sentido, para asseverar a importância desse mecanismo de participação popular, vale a pena trazer à tona os sempre valiosos ensinamentos do mestre Pontes de Miranda<sup>119</sup>, *in verbis*:

Democracia sem possibilidade de iniciativa popular de leis é democracia imperfeita. Entre a iniciativa e a deliberação devem caber a algum corpo o exame e a discussão do projeto de origem popular...A regra é ser ouvido o Parlamento, que o discute e vota.

Percebe-se então o elo de ligação fundamental entre a iniciativa popular e o ideal democrático participativo. Acerca do tema, Ferreira Filho<sup>120</sup> salienta que:

Destarte o ideal democrático de auto-governo exige que a iniciativa seja estendida, para que todos possam, na medida de seu interesse e de sua capacidade, colaborar na gestão da coisa pública.

No que toca ao objeto da iniciativa popular, tem-se que a maioria das matérias pode ser veiculada através dela, excepcionando-se as matérias que foram reservadas pela Constituição a iniciativa privativa de determinado órgão ou pessoa, assim como as matérias resguardadas às emendas constitucionais.

Tal previsão tem como fundamento a preservação da unidade lógico-estrutural do sistema jurídico, onde o constituinte achou por bem resguardar determinadas matérias às pessoas por ele designadas, levando-se em conta as peculiaridades de certas questões, bem como o princípio pétrio da separação dos poderes.

Percebe-se então que o Poder Constituinte Originário reservou um rol extenso de matérias que podem ser objeto de projeto de lei subscrito pelo povo, tendo como núcleo central a possibilidade do povo tutelar os seus direitos e interesses que estão sendo negligenciados pelos seus representantes do Congresso Nacional.

Esta é a iniciativa popular constitucionalmente prevista e que tomaremos como base para traçar um paralelo frente à iniciativa popular vinculante, não prevista inicialmente pelo Constituinte, mas implícita nas conquistas obtidas pelo povo quando exerce diretamente a soberania através das manifestações populares.

---

119 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda nº 1, de 1969)**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, Tomo III, p. 559.

120 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 122.

## **5. AS MANIFESTAÇÕES POPULARES COMO INICIATIVA POPULAR VINCULANTE**

Ultrapassada a fase de conceituação, classificação e explicação dos institutos que fazem parte, ainda que lateralmente, da presente pesquisa, mas que são necessários ao seu completo entendimento, passemos ao mérito da presente investigação, consistente em saber se as manifestações populares ocorridas em junho de 2013 poderiam ser consideradas como uma outra vertente de iniciativa popular, voltada não para a elaboração de leis, mas para a concretização dos direitos sociais.

O objeto desta pesquisa é trazer uma tese inovadora, qual seja, a de que as manifestações populares ocorridas em junho de 2013 podem ser consideradas uma espécie de iniciativa popular distinta daquela prevista no art. 14 da Constituição Federal de 1988.

Ou seja, diferentemente daquela iniciativa popular já abordada e que tem como objetivo deflagrar um processo legislativo, através da elaboração de um projeto de lei diretamente pelo povo, esta iniciativa popular seria oriunda das manifestações populares e teria como escopo coagir os três poderes a concretizarem os direitos e interesses reivindicados pelo povo nas referidas manifestações.

Isto porque, no momento em que ocorriam as manifestações populares, estavam preenchidos todos os requisitos da iniciativa popular constitucionalmente prevista.

Como visto, as manifestações populares se encaixariam na iniciativa popular não articulada / por moção, já que não havia um texto pré-estabelecido, com uma ordem sistemática de artigos.

Ademais, no que tange ao requisito numérico, em dezembro de 2011 o eleitorado nacional, informado pelo TSE, era de 136.535.043 eleitores. Portanto, o número para a iniciativa popular seria de, pelo menos, 1.365.351, obedecendo-se, ainda, às regras expostas na Constituição de percentual mínimo por Estado.

Com efeito, conforme já mencionado, as manifestações populares de junho de 2013 foram compostas por um número bem maior do que um milhão e quatrocentas mil pessoas, distribuídas em mais de 05 estados da federação, com não menos do que 0,3% em cada um deles.

Nesse contexto, a teoria é a de que os direitos e interesses reivindicados pelo povo e que estavam no núcleo fundamental das manifestações, estando presentes em todas elas, seriam fruto do exercício direto da soberania popular, e que, por isso, seriam de acolhimento obrigatório pelos representantes do povo e demais autoridades, que estariam “obrigados” pelos seus representados a editar leis e adotar as medidas aptas a concretizar estes direitos.

Ressalte-se que por conta da enorme proporção que tomou as manifestações de 2013, parte do governo e da população especulou se não seria caso de instauração de um poder constituinte.



Assim, apesar de não haver previsão constitucional acerca desta modalidade de iniciativa popular, ela estaria legitimada por ser oriunda do povo, que é o titular do poder, além de preencher os requisitos da modalidade prevista no art. 14 da Constituição Federal.

Por ser de acolhimento obrigatório, não significa que os membros do legislativo estariam impedidos de fazer modificações necessárias ou incluir algumas disposições nestas leis, desde que respeitassem a essência dos direitos e interesses versados pelo povo. Sendo assim, os parlamentares fariam um balanceamento entre a efetivação dos direitos requeridos pelo povo com as políticas públicas e econômicas para a sua efetivação, priorizando o mínimo existencial frente à reserva do possível.

Colabora com a teoria aqui suscitada o fato de que, como resultado das manifestações populares já houve uma maior movimentação das autoridades públicas, como há muito tempo não se via, conclamando reuniões e debates acerca das formas pelas quais poderiam ser instrumentalizados os principais direitos sociais reivindicados.

Dentro dessa pauta de reuniões convocada às pressas, já houve avanço significativo para a saúde, que teve a destinação de 25% dos royalties do petróleo, contando ainda com a aceleração dos investimentos nessa área, assim como o direito social à educação que teve 75% dos royalties do petróleo e 50% do pré-sal destinados à efetivação e desenvolvimento deste direito.

Contudo, o exemplo mais significativo acerca da aplicação prática da teoria da iniciativa popular vinculante é o direito ao transporte acessível, englobando o aspecto econômico e a elaboração de projetos com vistas à melhoria da mobilidade urbana.

De fato, as manifestações populares ocorridas em 2013 tiveram início com as manifestações populares contrárias ao aumento das passagens de ônibus, onde o povo discordava do aumento das tarifas sem que houvesse qualquer tipo de contraprestação estatal, consubstanciada na melhoria dos serviços de transporte públicos.

Importante salientar que o Brasil já presenciou inúmeras manifestações de menores proporções, também contrárias às péssimas condições do transporte público. Podemos inferir então que é do conhecimento das autoridades públicas o quanto o povo brasileiro confere importância para a qualidade do transporte público, de sorte que assim que as manifestações populares de 2013 foram ganhando proporções continentais, as autoridades públicas se viram obrigadas a adotar as medidas aptas a satisfazer as reivindicações do povo.

Em um primeiro momento, os trinta centavos anteriormente previstos para o aumento do preço do transporte público foram convertidos em investimentos em corredores de ônibus e metrô, bem como na criação de um Conselho Nacional de Transporte Público.

Nesse sentido, recaiu sobre os parlamentares e demais autoridades, o peso das reivindicações, que serviram como uma iniciativa popular vinculante, resultando na aceleração e prosseguimento do trâmite da PEC 90, que inclui o direito ao transporte no rol dos direitos sociais, sendo aprovada às pressas em 02 (dois) turnos na Câmara dos Deputados, e se encontrando atualmente no Senado Federal para deliberação.

Portanto, temos que a iniciativa popular vinculante configura-se em manifestações populares de grandes proporções, visando à concretização de direitos essenciais, a fim de combater a inércia/incompetência e o descrédito dos representantes do povo, estando estes obrigados a concretizar os interesses e direitos albergados nas manifestações.

Sem nos olvidarmos, contudo, de que todos os requisitos previstos para a iniciativa popular prevista no art. 14 da Constituição Federal de 1988 devem estar preenchidos, razão pela qual só estará configurada a iniciativa popular vinculante nas manifestações populares de grandes proporções e com reivindicações comuns em pelo menos cinco estados da federação.

## **6. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS**

O Brasil é um país que quase sempre exigiu da sociedade altas taxas tributárias, sendo que o recurso obtido nunca foi destinado de maneira satisfatória para o bem-estar do povo, sendo desviado por uma grande gama de políticos que tem uma oportunidade de se locupletar ilicitamente às custas do povo.

Somente uma pequena parte do dinheiro que é arrecadado a título de impostos (quando não é desviado por conta da corrupção) é dirigido para a implementação dos direitos sociais ou de algum serviço público essencial, e ainda acaba sendo mal empregado pela falta de um planejamento adequado.

Isto porque, costumeiramente, as políticas públicas existentes no Brasil têm como objetivo apenas “tapar um buraco” no qual aquele direito ou serviço público essencial se encontra, sem que haja qualquer espécie de planejamento preventivo, visando a longo prazo o bem-estar daquela população.

A Constituição de 1988 trouxe o rol de direitos sociais e, dentre eles, o direito a saúde e educação que, por serem direitos fundamentais tem aplicação imediata. Não obstante, apesar de não estar situado no rol de direitos sociais, o direito ao transporte público acessível também é um direito essencial.

Ocorre que apesar da essencialidade dos direitos à educação, saúde e transporte, percebe-se que estes direitos não estão sendo efetivados da maneira como deveriam, e que, apesar das tentativas do Poder Judiciário em obrigar as autoridades públicas a efetivá-los, tal medida não tem tido a eficácia necessária para a salvaguarda dos direitos em questão.

Essas considerações foram objeto de observação pela própria sociedade que encontrou como única saída para a concretização destes direitos as manifestações populares, exercendo de forma direta a democracia, sendo este o instrumento adequado e legítimo para forçar os parlamentares e demais autoridades públicas à concretização destes direitos.

De fato, o povo é o titular do poder e, ao perceber que aqueles que os representam não agem no interesse do povo, afetando o interesse geral, deve ir reivindicar os seus direitos. Nesse sentido, Rousseau faz a distinção entre a *vontade geral* e a *vontade de*

*todos*: a vontade geral: “só diz respeito ao interesse comum; a outra, ao interesse privado, sendo apenas a soma de vontades particulares”.

Pelos argumentos acima espalhados, entendemos que as manifestações populares que preenchem aos requisitos da iniciativa popular prevista na Constituição Federal equivalem a uma espécie de iniciativa popular, denominada iniciativa popular vinculante, com o poder de coagir as autoridades públicas a concretizar os principais direitos e/ou interesses legítimos reivindicados pelo povo.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Iara Maria Pinheiro de; PATRIOTA; Izabela Walderez Dutra. *Concretização do direito social à saúde e participação popular numa perspectiva neoconstitucional*. **Revista eletrônica**, Natal/RN, ano 3, n. 2, jul./jdez. 2013. Disponível em: <[www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicamprn](http://www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicamprn)>. Acesso em: 03. dez. 2014.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; RODRIGUES, Geisa de Assis. **Estado Democrático de Direito**: conceito, história e contemporaneidade. In: Sérgio Gonini Benício. (Org.). *Temas de Dissertação nos Concursos da Magistratura Federal*. 1ed. São Paulo: Editora Federal, 2006, v. 1, p. 97-113.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 36 ed. São Paulo: Globo, 1997, p. 19.

BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da pesquisa**: monografias, dissertações, teses. São Paulo: Atlas, 2004, p. 63.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 74-78.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMARGO, Caroline Leite de. Saúde: um direito essencialmente fundamental. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/usuario/Documents/Monografia/MONOGRAFIA%202012%20%20CIESA/%3Chttp://www.jus.uol.com.br/revista/texto/4210%3E?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14074#\\_ftn4](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/usuario/Documents/Monografia/MONOGRAFIA%202012%20%20CIESA/%3Chttp://www.jus.uol.com.br/revista/texto/4210%3E?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14074#_ftn4) Acesso em: 3 de dez. de 2014.

COELHO, André. Entendo os protestos no Brasil: Oito interpretações. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2013/06/entendendo-os-protestos-no-brasil-oito.html>. Acesso em: 15. nov. 2014.

COELHO, André. Interpretação sobre as manifestações. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2013/10/19/interpretacao-sobre-as-manifestacoes-andre-coelho/>. Acesso em: 15. nov. 2014.

COMPARATO, Fábio Conder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático. **Estud. av.** vol.11 no.31 São Paulo Set./Dec. 1997.

COMPARATO, Fábio Conder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático. **Estud. av.** vol.11 n..31. São Paulo Set./Dec.1997.

CORREA, Antônio Vanderlei. A democracia moderna na concepção de Norberto Bobbio. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17692/a-democracia-moderna-na-concepcao-denorbertobobbio#ixzz3Qu9FRPnc>. Acesso em 21. Dez. 2014.

Correio do Brasil. Oscar Berro: A gota d'água. Disponível em: <http://correiodobrasil.com.br/noticias/opiniaio/oscar-berro-a-gota-dagua/621229/>. Acesso em 15 nov. 2014.

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, p. 349-395, 2008. Material da 4ª aula da disciplina Teoria Geral dos Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – UNIDERP/REDE LFG.

Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos\\_no\\_Brasil\\_em\\_2013](http://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos_no_Brasil_em_2013)>. Acesso em 17. dez. 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=583945>. Acesso em 05. jan. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992, vol. 2.

**FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 122.**

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17º ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

G1 Educação. Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2013/09/royalties-vao-injetar-r-368-bilhoes-na-educacao-em-30-anos-diz-ministro.html>. Acesso em 10. jan. 2015.

Gazeta do Povo. Disponível em: <[http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1520538&tit=Passa das-as-eleicoes-Brasil-caminha-para-a-maior-carga-tributaria-da-historia](http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1520538&tit=Passa_das-as-eleicoes-Brasil-caminha-para-a-maior-carga-tributaria-da-historia)>. Acesso em: 02. jan. 2015.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. Origens, conceito e características dos direitos sociais: uma análise das conseqüências do déficit na implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/origens-conceito-e-caracteristicas-dos-direitos-sociais-uma-analise-das-consequencias-do-deficit-na-implementacao-dos-direitos-fundamentais-de-segunda-dimensao/29314/#ixzz3RezF8vxU>>. Acesso em: 3 de dez. de 2014.

J. J. G. Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 6. Ed. p. 468.

JELLINEK, Georg. **Teoria General Del Estado**. Cidade do México. Fundo de Cultura Econômica. 2002. p. 378.

Jornal da Globo. Arnaldo Jabor fala sobre onda de protestos contra aumento nas tarifas de ônibus. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/videos/t/edicoes/v/arnaldo-jabor-fala-sobre-onda-de-protestos-contr-aumento-nas-tarifas-de-onibus/2631566/>. Acesso em: 17. nov. 2014.

JÚNIOR, Dirley da Cunha; NOVELINO, Marcelo. **Teoria, súmulas, jurisprudência e questões de concurso**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

KELLEN, Cristina de Andrade Ávila, 2013, Teoria da Reserva do Possível. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24062/teoria-da-reserva-do-possivel#ixzz3QnnNrxxi>>. Acesso: 17 de dez. de 2014.

LANDERS, Chris. Serious Business: Anonymous Takes On Scientology (and Doesn't Afraid of Anything). Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Anonymous>. Acessado em: 02. jan. 2015.

Leia mais sobre esse assunto em <http://oglobo.globo.com/opiniao/ma-gestao-causa-crise-no-transporte-publico-8921244#ixzz3QtuVFfCf> © 1996 - 2015.

LEMONS, Rafael Diogo D. Universo Jurídico. Eficácia Horizontal dos Direitos Sociais. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/5242/a-eficacia-horizontal-dos-direitos-sociais>. Acesso em: 15. jan. 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed. rev; atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2012.

LYCURGO, Tassos. Direito e Democracia Participativa. Jus Navigandi, 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8266/direito-e-democracia-participativa/1>. Acesso em: 20. dez. 2014.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2009, p.57.

PETEL, Mariana. O direito constitucional da saúde e o dever do Estado de fornecer medicamentos e tratamentos. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/O-direito-constitucional-da-saude-e-o-dever-do>. Acesso em: 3 de dez. de 2014.

PONTES DE MIRANDA, CAVALCANTE, Francisco. **Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda nº I, de 1969)**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, Tomo III, p. 559.)

Protestos no Brasil em 2013. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos\\_no\\_Brasil\\_em\\_2013](http://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos_no_Brasil_em_2013). Acesso em: 15. nov. 2014.

RAMOS, Maria Lúcia de Oliveira. **O direito de manifestação**. Disponível em: <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/6419.pdf>. Acesso em 22. dez. 2014.

Revista Época n.787 de 24. jun. 2013, p. 27-36. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos\\_no\\_Brasil\\_em\\_2013](http://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos_no_Brasil_em_2013). Acesso em: 20. dez. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. Editora, Cidade, Ano 2010.

Silva, José Afonso. “O Estado Democrático de Direito”. In **Revista de direito administrativo**, 173: 15-34, Rio de Janeiro: Jul/Set. 1988.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P.36.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. **Rev. E atual.** – São Paulo: Saraiva, 2012.

Veja São Paulo. Um protesto por dia, quem aguenta? Disponível em: <http://vejasp.abril.com.br/materia/protestos-aumento-passagem-sp>. Acessado em 20. dez. 2014.

## A TEORIA CIENTÍFICA DA CIÊNCIA DO DIREITO

**GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA:** Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado.

**JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO:** Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio, Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, professora da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco – AEVSF, advogada.

**RESUMO:** O presente artigo científico objetiva analisar a teoria científica da ciência do direito, com suas principais características e métodos, tema de profunda importância para os estudos em Filosofia do Direito. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cujo método empregado é o dedutivo, pois que se utiliza de um processo de análise de informação coletada de fontes bibliográficas para se obter uma conclusão. O trabalho foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas na área de Direito, mais precisamente na área de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito.

**Palavras-Chave:** Ciência do Direito. Método. Teoria.

**ABSTRACT:** This scientific article aims to investigate the scientific knowledge of the science of law, with its main characteristics and methods, a topic of profound importance for studies in Philosophy of Law. It is a descriptive research, the method used is the deductive one, since it uses a process of analysis of information collected from bibliographic sources to reach a conclusion. The work was carried out through bibliographic research in the area of Law, more precisely in the area of Philosophy of Law and Sociology of Law.

**Keywords:** Science of Law. Theory. Method.

### Introdução: Ciência Jurídica e Teoria Científica

A ciência do direito e o Direito em si (tido como disciplina social) não são contemporâneos, pois que a ciência do direito veio a se solidificar muito depois de o Direito ser tido como uma realidade social. O mesmo se pode afirmar sobre uma “teoria jurídica da ciência do direito”, sendo raramente encontrada em trabalhos filosóficos e jurídicos. As questões levantadas, ao contrário do que se pensa, são antigas e centrais. Pode-se citar, como problemas, a questão da jurisprudência ser ou não uma fonte formal do direito; ou se ela é ou não uma ciência – apesar de que atualmente ela tem um sentido restrito, sendo definida como uma interpretação em que os tribunais dão à lei, adaptando-a a cada caso concreto submetido a seu julgamento. Esse debate sobre a jurisprudência já é travado por filósofos desde o séc. XVI; em contrapartida, a teoria científica geral não deixa de exercer influência sobre a discussão da jurisprudência. As disciplinas jurídicas vêm se especializando cada vez mais, o que causa a diminuição da evidência dessa influência, mas não a influência em si.

Os juristas, devido à influência de uma teoria científica geral, passam a temer a “invasão” de suas jurisprudências pelas jurisprudências estrangeiras, já que elas trazem preceitos e fundamentos de outro sistema/ordenamento jurídico. Por outro lado, é importante

o estudo da jurisprudência estrangeira para se tomar conhecimento sobre formulações e soluções de problemas originários da ciência jurídica. O debate sobre a discussão teórico-científica é de suma importância para a reflexão crítica. Desse modo, o objetivo do presente trabalho é analisar o caráter científico da ciência do direito e os seus elementos centrais, tendo como hipótese que o Direito possui caráter científico, existindo a ciência do direito com objetos e métodos próprios.

## 1. O Caráter Científico da Ciência Jurídica: A Perspectiva do Objeto

A noção de Direito como ciência é controversa, variando de jurista para jurista. Esse confronto de opiniões se dá por causa dos critérios utilizados para se definir o que é ciência. Para que ocorresse essa definição, seria necessária a criação de uma lista com as normas de confronto, avaliação e escolha, o que faria o conceito de ciência ser fixado com maior exatidão.

O principal critério, geralmente usado, é o de que uma ciência propicia resultados invariáveis, resultados exatos (critério proposto por Aristóteles). De acordo com Abbagnano (1999, p. 126), a objetividade é um ideal de que a pesquisa científica se aproxima à medida de que dispõe de técnicas convenientes e, como o direito visa à objetividade, o direito é uma ciência. Aftalión (1980, p. 41) diz que Ulpiano já classificara a jurisprudência (disciplina jurídica) como ciência, escrevendo no *Digesto* que a Ciência do Direito é a ciência do que é justo ou injusto. Em 1847, Kirchmann nega a exatidão de resultados como critério para se definir algo como ciência quando disse, em uma conferência sobre “O nenhum valor da jurisprudência como ciência” que “a ciência do direito, tendo por objeto o contingente, é também, contingente: três palavras retificadoras do legislador tornam inúteis uma inteira biblioteca jurídica” (Gusmão, 1984, p. 16). Ainda, para Radbruch (1979, p. 247):

quase todas as noções de justo e de injusto têm um condão de deitar abaixo toda a jurisprudência. Se um meridiano decide da verdade, um par de anos decide de posse. E não só isso: as leis fundamentais também mudam. O direito também tem as suas épocas. [...].

Desse modo, inicialmente, o estudo sobre a cientificidade da ciência jurídica guiou-se pelo conceito de Aristóteles de ciência. A área de estudo de Aristóteles era a epistemologia e sua abordagem era empírica (naquela época não existia o Empirismo – ele ainda não havia sido desenvolvido), utilizando-se da observação (diferentemente de Platão que se utilizava da especulação). A Ciência (epistemologia), para ele, é uma disciplina metódica que analisa o ser, o objeto a partir de si mesmo, a partir de seus princípios; sendo que os elementos constitutivos daquela são a inalterabilidade e a existência do objeto de estudo.

De acordo com o doutrinador Adeodato (1996, p. 52 - 53), Hartmann se baseia nas ideias de Aristóteles (sobre o que é ciência e o que é a epistemologia) para construir sua filosofia; o ponto de partida de sua filosofia é “a questão do ser” ou “do ente enquanto ser” que estuda o ser enquanto tal, tal como ele é. Segundo Adeodato (1996, p. 52 - 53), para Hartmann, o ser não deve ser estudado através de suas manifestações, ou diversos entes particulares; não se podendo estudá-los através das evidências do que eles aparentam ser.

Ainda de acordo com Aristóteles, se a ciência jurídica se ocupar de disciplinas cujo objeto de estudo podem ser afetado por variações históricas, ela só poderá ser concebida como



prudência ou arte; com base nessa afirmação, um bom argumento em favor do Direito como Ciência Jurídica é o debate sobre justiça e equidade proposto por Aristóteles, que continua tão atual quanto no tempo em que foi criado<sup>121</sup>.

Kirchmann, como já foi dito, questiona o critério da exatidão de resultados, já que este é apenas um, para tentar afirmar o Direito como Ciência. Existem outras disciplinas, como a História, que, se fosse usado o critério da invariabilidade do objeto, seria negado a elas a classificação de ciência, pois o objeto das ciências humanas varia segundo o lugar e o tempo.

A partir disso, a ciência jurídica classifica-se como uma ciência iconográfica (que formula descrições singulares e representa ideias pictórica ou graficamente), contudo, indaga-se se a dogmática jurídica seria absolutamente gráfica, ou seja, descritiva; já que ela tem como objetivo a criação de regras jurídicas inexistentes. Faz-se um adendo apenas para citar a outra ciência dicotômica à ciência iconográfica que é a ciência nomotética (ciência que formula ou trata de leis gerais para o entendimento de um determinado evento, circunstância ou objeto).

Quanto ao aspecto do método, se a definição de ciência se der a partir do método utilizado por ela para se estudar um objeto pré-definido, então o Direito pode ser concebido como ciência, pois que ele estuda uma área do conhecimento de forma sistemática com o objetivo de acumular conhecimento.

Por fim, outro ponto de destaque é a condição para que uma atividade científica seja classificada como tal: a possibilidade do exame das afirmações proferidas. Essa condição é o resultado de um processo racionalmente controlável que tenta obter conhecimentos ordenados com o auxílio de métodos de pensamento específicos.

## **2. Ciência Jurídica e Teoria Científica Analítica**

A Ciência jurídica, vista sob o critério da teoria científica analítica, passa a ser delimitada pela possibilidade de exame empírico. Avaliando a Ciência Jurídica sob esse prisma, podemos afirmar que ela deveria formar um conjunto de conhecimentos sistematizados adquiridos através da observação, pesquisa, identificação e explicação de determinadas categorias de fenômenos e fatos, e formulados metódica e racionalmente. Caracterizar-se-ia por sua natureza empírica e lógica, baseada em provas, princípios, argumentações ou demonstrações que garantam ou legitimem a sua validade.

A Ciência Jurídica deveria efetuar observação ou investigação minuciosa sobre as leis reguladoras da organização social, além de revelar e ter cognição direta sobre as leis reguladoras da natureza social do homem e do ordenamento jurídico das inúmeras sociedades humanas.

De acordo com esse ponto de vista, a Ciência Jurídica teria a função de – além de descrever os atos legislativos e judiciais – fazer uma previsão das sentenças judiciais. Contudo, a análise da Ciência Jurídica sob o prisma analítico empírico causaria “mutilações” no Direito, pois o juiz não pode emitir sua decisão antecipadamente fundamentada em

---

<sup>121</sup> Paulo Nader, Aftalión, Juárez Freitas e Del Vecchio, tratam desse tema em seus livros, respectivamente em: *Filosofia do Direito*, p. 109 – 112; *Introducción ao Derecho*, p. 42; *As Grandes Linhas da Filosofia do Direito*, p. 23 – 26; e *Lições de Filosofia do Direito*, p. 44 – 50.

critérios empírico-sociológicos, já que a Ciência Jurídica seria, antes de tudo, uma ciência dogmática; não satisfazendo, então, o critério de sentido empírico. Além disso, de acordo com o empirismo lógico, só a lógica e a matemática podem exigir a classificação de ciência.

A cientificidade de uma disciplina, mais exatamente uma ciência da observação, não está no método utilizado por ela para acúmulo de conhecimento, mas sim no seu grau de intersubjetividade. Consequentemente, pergunta-se se há um sistema de controle da evidência da observação no domínio jurídico.

Responde Eike von Savigny essa questão. Ele se baseia na ciência jurídica penal alemã quando diz que ela é um sistema normativo que pode ser falsificado por juízos de valor. Por juízos de valor, entendem-se as concepções ético-morais de cada um, e como cada um faz uso das doutrinas deontológicas.

A Ciência Jurídica, segundo os estudos de Savigny, mostra-se descuidada em relação aos desenvolvimentos das teorias científicas em geral. Ainda é matéria de estudos e pesquisas até onde vai a semelhança entre as ciências empíricas e a Ciência Jurídica, levando-se em consideração o fato de que o Direito, além de admitir argumentos que exprimem valores, também admite argumentos históricos, lógicos, sistemáticos etc.

### **3. O Modelo de Falsificação no Saber Jurídico**

Neste ponto, é importante abrimos um parêntese para avaliar o que o pensador Karl Popper pensa sobre o empirismo e o método indutivo usado por ele; análise esta que pode ser transportada para a discussão jurídica aqui estabelecida. Para Popper, a ciência, que pretender utilizar o raciocínio indutivo como método, deve entender que uma proposição universal não pode ser derivada de observações particulares.

Popper discordava de que uma ciência devesse sempre estar em busca da verdade, ele estava ciente das potencialidades e das fragilidades humanas e por isso não deveríamos buscar a verdade das teorias (ou tentar criar teorias verdadeiras), mas sim buscar provas de falsidade nas teorias que temos. Contudo, uma inferência indutiva não permite a justificação de um enunciado universal, por exemplo: se fizéssemos uma pesquisa sobre a cor do cisne e depois de certo tempo só tivéssemos visto cisnes brancos, não podemos afirmar que todos os cisnes são brancos; pois, na verdade, não vimos todos ainda. E ainda que tivéssemos visto todos os cisnes, ainda assim não poderemos afirmar que todos são brancos pois ainda não vimos os que estão dentro dos ovos.

As estruturas lógicas das ciências empíricas se baseiam nas proposições universais, o que quer dizer que o conhecimento desenvolvido por aquelas tem apenas um caráter transitório, e que estas podem ser apenas confirmadas indiretamente.

A utilização do método de falsificação é questionável na dogmática jurídica, por exemplo: de acordo com a dogmática jurídica se uma pessoa se apossar de algo alheio, ela deverá ser punida. Essa norma não pode ser falseada com base na prova de que uma pessoa não deva ser punida por esse crime.

Outra questão a ser levantada é saber se o único método do acúmulo de conhecimento jurídico é a falsificação. Isto estaria certo se as proposições da dogmática forem corrigíveis,

excluindo-se a prova irrefutável de sua exatidão ou excluindo-se sua verificação. As teorias do saber jurídico não devem ser restringidas ao método do falseamento ou da verificação; elas devem ser fundamentadas em argumentos positivos a seu favor.

O princípio da indução, contudo, não deve ser usado como prova, pois que os processos intelectuais de tentativa e de experimentação são os princípios fundamentadores. Os processos de invenção (tendo por significado a elaboração de uma solução adequada para um problema social definido) e descoberta, possibilidades não excluídas, possibilitam à ciência jurídica uma dinâmica, um progresso dentro do saber jurídico.

#### **4. Problemas da Formação de Conceitos Jurídicos e as Teorias na Dogmática Jurídica**

O conhecimento jurídico, em parte, se baseia em conceitos abstratos, tais como “pessoa jurídica”, “propriedade” etc (conceitos teóricos) que não podem ser transformados em dados empíricos, pois esses conceitos são base (princípios gerais do direito) para a formulação de normas. O que se pode fazer é uma dupla leitura sobre esses conceitos, como “propriedade”, lendo-se ela tanto como consequência quanto como ponto de encontro entre as possibilidades do seu emprego. Dessa forma, entender-se-ia “propriedade” como a ligação direta das condições (quem tem uma coisa móvel em seu poder durante 10 anos), ou como as consequências jurídicas pela aquisição da propriedade (a pessoa que adquire uma propriedade pode usá-la como bem quiser).

Faz-se mister, nesse trabalho, uma conceituação de princípio geral do direito: dentre as diversas literaturas jurídicas, a descrição mais precisa é a de Orlando Gomes (1971, p. 55) que diz que os princípios gerais do direito seriam regras gerais induzidas pela Ciência e pela Filosofia do Direito tendo cunho de universalidade. Também tem-se a descrição de Batista e Costa (2006, p. 233), para os quais: “os princípios gerais do direito são aqueles princípios em que se assenta a legislação positiva e, embora não se achem formulados em nenhum lugar, formam o pressuposto lógico necessário das várias normas dessa legislação”. Em suma, princípios gerais são mandamentos nucleares do sistema jurídico, uma espécie de norte, de farol que guia o intérprete da lei, são normas jurídicas abertas que trazem um conteúdo de relevância histórica e que são passíveis de valoração.

As teorias da dogmática jurídica não são necessariamente semelhantes (em estrutura) às teorias das ciências empíricas. O significado da palavra “teoria” pode coincidir nos dois casos, contudo pode também indicar uma confusão sobre o status teórico-científico de uma teoria.

Por “teoria”, compreende-se o conjunto de conhecimentos (ou princípios básicos) de caráter hipotético ou sintético, metódico, especulativo e organizado que norteiam uma disciplina e que cria regras ou leis sistematicamente organizadas aplicadas a uma determinada área; e que tem como consequência uma doutrina ou conjunto de opiniões e ideias sobre um dado tema que tem como objetivo o esclarecimento de um ou mais problemas (Guimarães, 1995, p. 521). Logo, a estrutura de fatos desconhecidos será a mesma da dos fatos desconhecidos que apresentam o mesmo prognóstico, sendo funções complementares das teorias científicas os prognósticos e as explicações. Por prognóstico, entende-se a suposição que traça o provável desenvolvimento futuro ou o resultado de um processo (Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, 2009, p. 1558).

As teorias dogmáticas do direito e as funções complementares das teorias científicas possuem algumas semelhanças, quais sejam: explicar princípios jurídicos dados e colocar à disposição conceitos ainda não dados – função heurística, ou seja, cria uma “hipótese de trabalho que, a despeito de ser verdadeira ou falsa, é dotada do título de provisória como ideia diretriz na investigação dos fatos” (Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, 2009, p. 1017); e facilitam as matérias jurídicas de forma didática devido as suas estruturações. Dessa forma, estabelece-se a semelhança entre as ciências empíricas e as teorias dogmáticas, tanto em função da relação prognóstica das ideias quanto em relação às funções explicativas.

Nas ciências empíricas, as teorias são concatenadas a determinadas realidades, contudo são livres em relação à escolha e ao domínio dos objetos enquanto estão apenas em abstrações teóricas. Em relação às ciências dogmáticas, são as teorias que fazem parte do objeto, ou seja, as teorias são os objetos das legislações; sendo que é o próprio direito que delimita as suas regulações (tanto em sentido vertical – teorias dogmáticas e metodologia – quanto horizontal – domínio juridicamente indiferente).

É importante salientar que o direito possui competência tanto dentro de seu domínio externo quanto no seu metadomínio, ou seja, o legislador possui competência para legislar normas morais e para positivizar normas morais. As teorias dogmáticas só tem caráter normativo quando estão dentro da jurisdição do legislador, a partir do momento em que ela sair da jurisdição dele, passará a ter caráter cognitivo.

As teorias dogmáticas – até certo ponto – também estão sujeitas à abertura cognitiva, ou seja, estão sujeitas tanto à consistência interna quanto à externa. Por causa disso, as teorias dogmáticas estão entre a formulação/estabelecimento de normas e o conhecimento/organização delas, o que torna difícil estabelecer se as teorias dogmáticas são teorias em sentido técnico.

## **5. O Saber Jurídico Como Ciência de Ação**

O saber jurídico é ambíguo, pois pode ser entendido como um conhecimento estabelecido de normas imperativas (formulando conhecimentos dogmáticos) ou como um conhecimento descritivo. Dessa forma, ele é uma disciplina dogmaticamente jurídica, já que serve para preparar as sentenças judiciais e serve como conjunto de normas jurídicas válidas/não-válidas e como normas jurídicas problemáticas (passa a entender-se o direito como objeto do domínio jurídico).

Mas, se for estabelecido como domínio do objeto do saber jurídico a criação e a aplicação do direito, então a função do saber jurídico será o de estabelecer as fundamentações e exames das decisões jurídicas.

Com efeito, o saber jurídico é uma ferramenta/tecnologia social, ou seja, ele é um instrumento que esclarece a validade factual e esclarece a regulação jurídica. A não demarcação de fronteiras entre uma norma e uma declaração sobre norma, resulta na afirmação do saber jurídico de que ele é uma ciência dogmática; sendo que as proposições do saber jurídico são declarações sobre normas, estas, por sua vez, não são normas em si mesmas. O saber jurídico, como já foi dito, é um instrumento social, orientando-se para a prática e tendo por objetivo a divulgação de propostas de normas que se quer positivizar.

Para Ferraz Jr. (2011), o Estado, assim como o Direito, tomou para si funções que vão além da ética e além da repressão (como era no Estado Romano); o Direito e o Estado, hoje, têm funções de controle premunitivo, dando ênfase às normas de organização sem atribuir a elas uma sanção em caso de não cumprimento/indisciplina. Isso cria um direito sistematizado, com condições para que haja uma maior eficiência quanto a decibilidade de conflitos juridicamente já definidos.

Contudo, deve ser indagado se a autolimitação do saber jurídico é desejável e possível, o que muitos juristas respondem negativamente, pois a limitação do saber jurídico diminuirá as possibilidades de interpretação e as possibilidades de respostas às perguntas feitas. Além disso, a argumentação será reduzida ao argumento consequencialista se for utilizada somente a interpretação sociotecnológica.

Não interessa saber se o saber jurídico é uma tecnologia social orientada sob o ponto de vista axiológico; já que, por valor, deve-se entender uma avaliação das consequências de uma interpretação. O que não terá espaço dentro do modelo sociotecnológico será a conciliação entre a decisão concreta e a lei.

Resta saber se é desejável que a tecnologia social restrinja o saber jurídico. Deve ser notado que a definição de funções é adequada para simplificar ou resolver o problema das decisões subjetivas (pseudo-denominadas de conhecimentos científicos).

Além disso, o saber jurídico é alopoiético, ou seja, recebe influências de outras disciplinas e de outros saberes, como a religião, a política, a economia etc; e que, de certa forma, tornam-se necessárias à efetiva realização/aplicação do direito e da justiça. Por isso, uma das funções do saber jurídico é tornar o jurista consciente para os fatores que influenciam determinam os conhecimentos jurídicos que se obtêm através da alopoiese (fatores extralegais); fatores estes que são: preferências políticas, preconceitos, informações tendenciosas etc. Isso demonstra que a dogmática e a prática jurídica tem, de certa forma, um caráter político.

Esta é uma matéria de explanação para vários juristas. Para Aftalión (1980, p. 84), a Sociologia do Direito deve se ocupar dos processos que condicionam e determinam o desenvolvimento do direito. Desse modo, seria função do sociólogo jurídico procurar as causas e os porquês dos ocorridos no direito, assim como descrever as condições sociais do meio e de formular leis gerais, causais, indutivas e de valores empíricos que levaram o direito e a decisão judicial a serem como são.

Segundo Gusmão (1984, p. 34), a Sociologia Jurídica deve estudar os fatores de transformação, desenvolvimento e declínio dos fenômenos socioculturais que influenciam o direito, indicando a relação dos direitos com as estruturas sociais, culturais e institucionais, demonstrando que o direito é o resultado de um conjunto cujos componentes são a política, a economia, a moral, a religião, a geografia e a demografia.

Nardi-Greco (1907) estipula, em seu livro *Sociologia Giuridica*, a função desta, que é o de analisar as causas e funções sociais do direito, insistindo que a estrutura do direito é modelada pela estrutura econômica da sociedade. Todas essas afirmações sobre a Sociologia Jurídica são corroboradas por Ascensão (2001, p. 109) quando ele diz que a relação entre a ordem jurídica e a estrutura social global pode ser vista sob diversos ângulos, tendo o

sociólogo e o jurista que se indagar sobre as maneiras como o direito se manifesta e quais fatores o influenciam.

Se se quiser analisar as sentenças dos juízes (como também as consciências deles), então se faz necessário um critério de correção das sentenças, ou seja, um padrão da “verdade” de princípios jurídicos – não se podendo fazer uma concordância entre esses princípios jurídicos e normas. É adequado se adotar para a definição dessa “verdade” o conceito de verdade da “teoria do consenso” que diz que a condição de verdade das proposições é um consenso (uma concordância entre todos para se estipular o que é a verdade).

A teoria do consenso possui dois pontos positivos: permite atribuir valores a normas e evita a ameaça de uma verdade factual e objetiva. Logo, a “verdade” é um argumento, uma fundamentação convincente sobre determinado ponto de vista; o que faz com que a teoria científica do saber jurídico desemboque em uma teoria da argumentação jurídica.

### **Conclusão**

O Direito, por muito tempo, foi visto como uma categoria estranha às ciências, sendo descaracterizada qualquer tentativa de conferir caráter científico a ele, pois que possui a si próprio como objeto (sendo continente e conteúdo). Entretanto, com o passar dos anos e o crescimento da influência dos seus estudos e dos seus estudiosos/doutrinadores, começou-se a desenvolver teorias e trabalhos científicos que apontavam e enquadravam o Direito como uma ciência, ou ao menos como tendo uma ciência para a sua investigação.

Atualmente, tornou-se consenso entre os estudiosos e jurisconsultos que o Direito possui caráter científico, existindo a ciência do direito com objetos e métodos próprios. Dessa maneira, desenvolveu-se a ciência jurídica como sendo um conjunto sistematizado de princípios, regras e paradigmas que tem como finalidade regular o estudo do ordenamento jurídico através de um método que permitirá verificar e analisar a estrutura do ordenamento.

### **Referências Bibliográficas**

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 3ª Edição. São Paulo. Livraria Martins Fontes Editora LTDA. 1999.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito - Uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo. Editora Saraiva. 1996.

AFTALIÓN, Enrique. Et al. *Introducción al derecho*. 11ª Edição. Buenos Aires. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. 1980.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2001.

BATISTA, Rosângela de Fátima Jacó e COSTA, José Pereira da. *Introdução à ciência do direito*. Juazeiro: Ed. e Gráfica Franciscana, 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5ª Edição. Coimbra. Coleção Studium. 1979.

*Dicionário Houaiss da língua portuguesa.* Organização: Antônio Houaiss, Mauro de Salles Villar e Francisco Manoel de Mello Franco. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Objetiva. 2009.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito.* 6ª Edição. São Paulo. Editora Atlas S.A. – 2011.

FREITAS, Juarez. *As grandes linhas da filosofia do direito.* Caxias do Sul. Editora Educ. 1986.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil.* 3ª Edição. Rio de Janeiro. Forense. 1971.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo e CARNIO, Henrique Garbellini. *Curso de sociologia jurídica.* São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico.* São Paulo. Rideel. 1995.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito.* 10ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1984.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do direito.* 5 Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1999.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito.* 8ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2000.

NARDI-GRECO, Carlo. *Sociologia giuridica.* Torino: Fratelli Boca. 1907.

NAÚFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro.* 7ª Edição. São Paulo. Editora Parma LTDA. Vol. 3. 1984.

NEUMANN, Ulfrid. *Teoria científica da ciência do direito.* In: kaufmann, a.; hassemer, w. Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas; revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha; tradução de Manuel Seca de Oliveira. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

NOGUEIRA, Rubem. *Curso de introdução ao estudo do direito.* 2ª Edição Ampliada. São Paulo. Editora Revista dos tribunais. 1989.

OLIVEIRA, Deivide Garcia da Silva. *Popper, ser ou não ser?* Revista Conhecimento Prático Filosofia. São Paulo. Escala Educacional. N. 17.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil.* 3ª Edição. Rio de Janeiro. Forense. 1971.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito.* 6ª Edição. Coimbra. Coleção Studium. 1979.

## O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA NOVA LEI 13.964/19

**EDUARDA FERREIRA ARANTES COSTA:**  
Bacharelanda do Curso de Direito no Instituto  
Luterano de Ensino Superior

**Resumo:** O presente trabalho possui como tema o acordo de não persecução penal na nova lei 13.964/19. Nesta senda, procura esclarecer o seguinte problema: O Acordo de Não Persecução Penal é a aplicabilidade da autocomposição no direito penal? Para tanto, tem-se como objetivo geral evidenciar que o acordo de não persecução penal possibilita o encerramento antecipado da lide, promovendo a autocomposição no âmbito criminal por meio das condições que serão impostas ao acusado. No mesmo sentido, pretende-se ainda esclarecer que o acordo é uma medida alternativa a prevenção e reprovação do crime. Nesse contexto, detém-se como hipótese que o acordo de não persecução penal ao possibilitar que o Ministério Público não ofereça denúncia, mas sim proponha um acordo ao investigado que não resultará em nenhuma imposição de pena, demonstra a aplicabilidade da autocomposição no direito penal. A autocomposição é evidenciada por meio da possibilidade de acordo para antecipamento da lide. Ademais, tendo em vista que o acordo só será firmado se houver voluntariedade por parte do investigado, verifica-se a existência da ampla participação das partes. Com relação à metodologia de pesquisa, foi utilizado o método dedutivo. Adotou-se a pesquisa bibliográfica, bem como o uso de doutrinas, legislação e artigos científicos.

**Palavras chave:** Crime. Ministério Público. Autocomposição

**Abstract:** The present work has as its theme the non-criminal prosecution agreement in the new law 13.964 / 19. In this way, it seeks to clarify the following problem: Is the Non-Persecution Agreement the applicability of self-composition in criminal law? Therefore, the general objective is to show that the non-criminal prosecution agreement allows for the early termination of the dispute, promoting self-composition in the criminal sphere through the conditions that will be imposed on the accused. In the same sense, it is also intended to clarify that the agreement is an alternative measure to crime prevention and disapproval. In this context, it is hypothesized that the non-criminal prosecution agreement by allowing the Public Prosecutor's Office not to offer a complaint, but rather to propose an agreement to the person under investigation that will not result in any imposition of penalty, demonstrates the applicability of self-composition in criminal law. Self-composition is evidenced through the possibility of an agreement to anticipate the dispute. Furthermore, in view of the fact that the agreement will only be signed if there is voluntariness on the part of the person under investigation, it is verified that there is wide participation by the parties. Regarding the research methodology, the deductive method was used. Bibliographic research was adopted, as well as the use of doctrines, legislation and scientific articles.

**Keywords:** Crime. Public ministry. Self-composition

### O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O terceiro assunto a ser discutido trata acerca do acordo de não persecução penal. Inicialmente será abordado sobre as noções gerais do acordo e seu surgimento no ordenamento jurídico como instituto de justiça negocial. Outrossim, considerando que o acordo é proposto na fase pré-processual é feita a elucidação acerca da investigação



preliminar, bem como evidencia os requisitos, impedimentos, condições e procedimento do acordo, além da demonstração de um caso prático. Por fim, explana sobre a justiça negocial e restaurativa.

### 1.1. Noções Gerais

Considerando o excesso de processos em qualquer âmbito judicial, surgiu a necessidade de medidas alternativas no ordenamento jurídico. No âmbito criminal, nota-se como reação a essa necessidade o surgimento da lei 9099/95 que instituiu os Juizados Especiais Criminais possibilitando o acordo entre as partes, de modo a trazer maior celeridade processual.

Outra proposta embasada nas mesmas finalidades, foi a trazida pela resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, com alterações pela resolução nº 183/2018 que trouxe pela primeira vez à tona o instituto do Acordo de não Persecução penal.

O referido instituto, em suma, corresponde a um acordo, mediante requisitos, oferecido pelo Ministério Público objetivando evitar a persecução penal, o desafogamento do judiciário, bem como permite a aplicação da política de desencarceramento, considerando que o Brasil possui uma grande população carcerária (GANDOLFI; DA SILVA, 2019).

Cumprido lembrar que as resoluções nº 181 e 183 do Conselho Nacional do Ministério Público geraram controvérsias no que concerne à constitucionalidade do Acordo de não persecução penal, sendo que o questionamento era acerca se seria possível uma resolução tratar sobre um acordo na esfera criminal.

Contudo, essa questão foi superada, tendo em vista que a lei 13.964/19 instituiu de vez o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro ao introduzi-lo no Código de Processo Penal.

Sobre o acordo, Heron José de Santana Gordilho e Marcel Bittencourt Silva (2019, p. 99-120) explicam:

Esse novo instrumento penal de justiça consensual e desjudicialização, de acordo com os “considerandos” do ato normativo, permite que acusação e a defesa encontrem uma solução alternativa ao processo penal clássico, além de imprimir celeridade na resposta estatal aos conflitos jurídicos penais de menor gravidade; otimizar os recursos humanos e financeiros do Estado, na medida em que reduz a deflagração de ações penais, evitar os efeitos deletérios das sentenças criminais condenatória e diminuir população carcerária no país.

Observa-se, que o Acordo de Não Persecução Penal contraria o modelo condenatório que impõe uma pena para aquele que pratica um crime, propondo que sejam aplicadas soluções alternativas ao cárcere, permitindo que o tratamento diferenciado aos crimes de menor lesão ao bem jurídico tutelado possibilita melhor desempenho nos crimes de maior gravidade para a sociedade.

Em delitos mais brandos, cuja a sanção seja considerada pequena, não haverá segregação social, para que não haja a necessidade de sofrimento pelo acusado de todas as mazelas que o processo criminal tradicional pode trazer, bem como evitará toda a tramitação processual (BARROS; ROMANIUC, 2019).

O sistema judicial criminal brasileiro ao direcionar recursos para combater os crimes graves acaba ganhando maior celeridade e eficiência, de modo que o modelo de justiça consensual alinhar a efetividade e a eficiência da justiça, sendo que o acordo de não persecução penal proporciona a desburocratização processual, a despenalização, celeridade na resposta estatal, bem como a satisfação da vítima pela reparação dos danos (BARROS; ROMANIUC, 2019).

### **1.1.1 A REALIZAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Após o recebimento do Inquérito Policial o Ministério Público poderá requisitar novas diligências, denunciar ou ordenar o seu arquivamento. Com as alterações trazidas pela lei 13.964/19, o Ministério Público poderá propor o acordo de não persecução penal ao acusado da prática de um crime. Cumpre lembrar que para a propositura do acordo o acusado deve preencher alguns requisitos.

O artigo 28-A do Código Penal prevê o referido instituto (BRASIL, 1941):

Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

O acordo antes previsto apenas em Resolução, entra de forma regular ao ser positivado no Código de Processo Penal.

### **1.1.2 REQUISITOS, IMPEDIMENTOS E CONDIÇÕES**

A nova redação do Código de Processo Penal, estabeleceu que para a realização do acordo a confissão é obrigatória, em como o crime não pode ser praticado com violência ou grave ameaça. Além disso, verifica-se que diferentemente dos juizados especiais criminais, a pena que será considerada é a mínima, que deverá ser inferior a quatro anos, sendo consideradas como infrações de médio potencial ofensivo.

Em análise do artigo 28-A e seus respectivos incisos, observa-se que os requisitos são cumulativos, as causas impeditivas são de natureza alternativa, ou seja, basta a existência de uma para que não seja possível a realização do acordo, bem como as condições podem ser alternativas ou cumuladas.

Aury Lopes Júnior explica quais são os requisitos cumulativos:

Não deve ser caso de arquivamento, devendo estar presentes as condições de admissibilidade da acusação (viabilidade acusatória); O imputado deve confessar formal e circunstancialmente a prática de crime, podendo essa confissão ser feita na investigação ou mesmo quando da realização do acordo; O crime praticado deve ter pena mínima inferior a 4 anos e ter sido praticado sem violência ou grave ameaça. Para aferição dessa pena, deve-se levar em consideração as causas de aumento (como o concurso de crimes, por exemplo) e de redução (como a tentativa), devendo incidir no máximo nas causas de diminuição e no mínimo em relação as causas de aumento, pois o que se busca é a pena mínima cominada; O acordo e suas condições devem ser suficientes para reprovação e prevenção do crime, ou seja, adequação e necessidade (proporcionalidade). (JÚNIOR, 2020)

Considerando que o acordo não pressupõe uma sanção penal, bem como deve ser levado em conta que houve a prática de um crime, o acordo e suas condições devem bastar para a reprovação e prevenção da infração penal, sendo que estas são consideradas as funções da pena.

Por se tratar de um instituto recente no ordenamento jurídico, alguns manuais de orientação e atuação funcional foram criados para instruir os promotores de justiça quando forem realizar o acordo de não persecução penal, como por exemplo, o Manual desenvolvido pelo Centro de Apoio Operacional do Ministério Público do Estado de Goiás.

Observa-se, que mesmo quando houver a negativa da confissão no ato do interrogatório, não haverá a impossibilidade do acordo, considerando que o direito de permanecer calado é assegurado pela Constituição Federal, bem como existe um procedimento específico para a realização do acordo de não persecução penal onde poderá ocorrer a confissão por parte do acusado. Salienta-se que a realização da confissão na esfera do acordo é ato extrajudicial, de modo que é considerada apenas como pressuposto para sua realização.

Nesse sentido, destaca-se a inutilização da confissão como elemento de prova ou pela acusação para lastrear sua hipótese acusatória em caso de descumprimento do acordo, de modo que é apenas requisito (CASTRO; NETTO, 2020). Para Rogério Sanches Cunha (CUNHA, 2020) existe “uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal”.

O código de processo penal no artigo 28-A, §2º e respectivos incisos, elenca as causas impeditivas da realização do acordo (BRASIL, 1941):

- I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;
- II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (BRASIL, 1941).

Quando houver a possibilidade da realização da transação penal, o acordo não deve ser proposto pelo Ministério Público, considerando que são para os crimes de menor potencial ofensivo. Em relação ao segundo requisito, observa-se que a redação apresentada abre margem para discricionariedade, tendo em vista que prevê que o acordo pode ser realizado se as infrações penais pretéritas forem insignificantes.

Aury Lopes Júnior (JÚNIOR, 2020) considera como “um critério vago e impreciso, que cria inadequados espaços de discricionariedade por parte do Ministério Público”, considerando que não define com clareza o que seria de fato insignificante.

O período de 05 anos fixado é o mesmo prazo previsto para reincidência, bem como, observa-se a impossibilidade do acordo nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar e contra a mulher, de modo que essa proibição também pode ser observada nos Juizados Especiais Criminais.

As condições a serem acordadas são alternativas, porém podem ser cumuladas. Estão presentes no Artigo 28-A e respectivos incisos, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (BRASIL, 1941).

A reparação do dano a vítima é uma das características da justiça restaurativa presente nesse novo instituto do ordenamento jurídico brasileiro. No âmbito do acordo de não persecução penal a existência dessa possibilidade evitaria uma futura propositura de ação indenizatória pela parte que teve o bem jurídico lesado pela prática do crime. Nesse sentido:

A reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, salvo na impossibilidade de fazê-lo, é prevista em nosso ordenamento jurídico como condição em outros benefícios possíveis de serem concedidos ao agente delituoso. A título de exemplo, a suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099, também exige a reparação do dano (§ 1º, inciso I) para a sua concessão.

Aliás, essa imposição nada mais é do que o reflexo de um dos efeitos genéricos do édito condenatório "tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime" (artigo 91, I, do CP). Do contrário, teríamos uma situação, no mínimo, esdrúxula. O agente seria beneficiado com o direito de não ser processado criminalmente, entretanto, contra ele se admitiria o ajuizamento de ação indenizatória pela vítima, seu sucessor ou mesmo representante legal, a fim de lhes garantir uma reparação mínima pelos prejuízos decorrentes da infração penal por ele cometida. Portanto, aludida condição evita a instauração da persecução penal e, igualmente, a propositura de uma ação indenizatória pela parte prejudicada. (REBELLO; MATOS, 2020)<sup>122</sup>

A segunda condição, ou seja, a renúncia de bens e direitos consistentes em instrumentos, produtos ou proveito do crime é reflexo de um dos efeitos genéricos da condenação, presente no artigo 91, inciso I, do Código de Processo Penal<sup>123</sup>, afastando corretamente possível enriquecimento ilícito em detrimento do crime praticado (REBELLO; MATOS, 2020).

Observa-se, ainda, que é competência do juízo da execução penal determinar onde a prestação de serviço à comunidade será prestada, bem como a entidade pública ou de interesse social que receberá o valor da prestação pecuniária, sendo que os termos a serem observados já estão previstos na seção que trata sobre penas restritivas de direitos no código penal. Além disso, a última condição é de arbitrariedade do Ministério Público.

As condições impostas pelo Ministério Público podem abranger outras diversas das já estipuladas no texto legal. “Tais condições são predispostas não para punir o investigado, mas para demonstrar sua autodisciplina e senso de responsabilidade na busca da ressocialização, corroborando a desnecessidade de deflagração da *persecutio criminis in iudicio*” (LIMA, 2020, p. 284)

<sup>122</sup> REBELLO, Diogo Toscano de Oliveira; MATOS, Fábio Barros de. Aspectos legais e práticos do acordo de não persecução penal. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <conjur.com.br/2020-abr-15/matos-rebello-aspectos-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 15/05/2020.

<sup>123</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-lei Nº 3.689, De 3 De Outubro De 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. acesso em: 15/05/2020.

Considerando que a prestação de serviços à comunidade e a prestação pecuniária não são consideradas neste caso como pena restritiva de direito, não poderão ser convertidas em sanção privativa de liberdade se houver descumprimento.

### **1.1.3 Procedimento do acordo de não Persecução Penal**

Para que o acordo seja celebrado é necessário que seja por escrito, bem como devem estar presentes o acusado acompanhado pelo seu defensor e o membro do Ministério Público. Deverá ser proposto antes do recebimento da denúncia, sendo que a homologação será realizada pelo juiz das garantias, nada impedindo a realização de audiência para estabelecer as condições. Por se tratar de norma mista, ou seja, de direito material e processual poderá ser oferecido aos processos em curso, retroagindo em benefício do réu. Nesse sentido:

Iniludível, pois, a natureza híbrida da norma que introduziu o acordo, trazendo em seu bojo carga de conteúdo material e processual. O âmbito de incidência das normas legais desse jaez, que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, deve ter aplicação alargada nos moldes previstos no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” Nesta senda, entendemos incidir também aos processos criminais em curso, apanhados pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal. Cabe ao Estado, agora, abrir ao réu a oportunidade de ter sua punibilidade extinta mediante a proposição de acordo pelo Ministério Público e consequente cumprimento das condições convencionadas (JÚNIOR, 2020).

Considerando que o acordo é mais benéfico que uma possível condenação criminal, bem como que ao possibilitar a extinção da punibilidade trouxe tanto norma processual como penal, deve retroagir em benefício do réu.

Após a formalização do acordo, será realizada audiência para a oitiva do investigado na presença de seu defensor, objetivando verificar a voluntariedade e a legalidade. Se o juiz considerar inadequadas, abusivas ou insuficientes as condições impostas, poderá devolver os autos ao Ministério Público para que seja formulada nova proposta de acordo com a concordância do investigado e seu defensor. O juiz, segundo previsto no Código de Processo Penal, poderá recusar a homologação se a nova proposta ainda não for adequada, ou se não forem atendidos os requisitos legais (BRASIL, 1941).

Em hipóteses de recusa de proposta do acordo por parte do representante ministerial, o investigado tendo interesse na celebração do acordo de não persecução penal poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior.

Nessa esteira de entendimento, em relação as providências que poderão ser tomadas pela revisão ministerial:

remetendo a solução final da controvérsia ao Procurador-Geral de Justiça ou à respectiva Câmara de Coordenação e Revisão, à semelhança, aliás, do que já ocorre nos casos de recusa injustificada de oferecimento de proposta de transação penal e/ou suspensão

condicional do processo (súmula n. 696 do STF). Nesse caso, a instância de revisão ministerial poderá adotar as seguintes providências: I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição (LIMA, 2020, p. 286).

A vítima não participa da homologação do acordo, porém sua presença é importante, tendo em vista que há a possibilidade de ser imposta a condição de reparação dos danos.

Em relação a participação da vítima, Aury Lopes Júnior argumenta:

A vítima não participa do acordo, mas é intimada da homologação (ainda que não possa se opor a ele) e de eventual descumprimento. Mesmo que a vítima não possa impedir o acordo, nada impede que sua presença nesse momento seja importante para melhor definição das condições a serem cumpridas, especialmente da reparação do dano. Não há previsão legal, mas pensamos que seria adequado e coerente também intimar a vítima em caso de não homologação, até porque, dependendo da situação que se criar a seguir, poderá propor a ação penal privada subsidiária (JÚNIOR, 2020).

Quando as condições impostas forem descumpridas pelo investigado, o Ministério Público encaminhará ao juiz para fins de rescisão do acordo e para que seja oferecida a denúncia. Deverá o juiz nesse caso designar audiência para que seja efetivado o exercício do contraditório, devendo ouvir o investigado objetivando analisar a veracidade dos fatos que levaram ao descumprimento das condições do acordo (JÚNIOR, 2020).

Portanto, a revogação não é necessariamente automática ou obrigatória, devendo ser analisadas as condições que levaram ao descumprimento, bem como caso o juiz decida pela rescisão, deverá ser por meio de uma decisão fundamentada.

Verifica-se, ainda, que o descumprimento “do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo”, bem como a celebração e o cumprimento do acordo não constarão na certidão de antecedentes criminais, exceto para análise de cumprimento do requisito do inciso III, do §2º do artigo 28-A, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Cumprido integralmente o acordo e suas respectivas condições, será declarada extinta a punibilidade do agente, sem qualquer efeito, com exceção apenas para impedimento de nova proposta de acordo no prazo de 05 anos. O juízo da execução é responsável apenas pela fiscalização, de modo que o juízo competente para declarar extinta a punibilidade é o mesmo que homologou o acordo e considerou as condições suficientes para a reprovação e prevenção do crime.

## 1.2 Novos modelos de Justiça

O Direito Penal sempre se fundamentou na justiça retributiva, ou seja, aplicar uma sanção para aquele que transgrediu as regras impostas. As condutas consideradas mais gravosas eram punidas com maior rigor punitivo, sendo que a individualização da pena permite que a sanção aplicada seja mais justa, contudo, a punição privativa de liberdade ainda é a mais utilizada como castigo ou meio de ressocialização.

Entretanto, novas propostas surgiram, sendo que são baseadas na aplicação de medidas alternativas à privação de liberdade, sendo denominadas como justiça restaurativa e justiça negocial.

### **1.2.1 Justiça Restaurativa**

A nova proposta baseada na restauração do mal praticado pela infração penal é denominada de justiça restaurativa. Essa vertente considera que o crime ou a contravenção penal não necessariamente lesam interesses do Estado, difusos ou indisponíveis. Protege-se com maior intensidade a figura da vítima, que sempre foi colocada em segundo plano no Direito Penal (MASSON, 2018, p. 599).

Além da vítima, outros sujeitos do conflito são colocados como protagonistas na justiça restaurativa, de modo que a participação da vítima, do infrator e da comunidade é imposta de maneira diferente do que na justiça retributiva, e não mais apenas no aspecto jurídico tradicional.

Nessa linha de entendimento, Francielle Calegari de Souza e Wilma Calegari de Souza explicam (2019, p. 13-25):

Dessa forma, a Justiça Restaurativa está alinhada aos interesses do Estado. Contudo, a utilização de tais práticas ganha seriedade porque auxilia na fragilidade da justiça penal tradicional para ponderar falhas. Baseada numa metodologia de consenso, a Justiça Restaurativa em que a vítima, infrator e comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, compartilham ativamente na construção de soluções para a restauração dos traumas e perdas causados pelo litígio. Um processo estritamente voluntário, relativamente informal, interferido na forma de métodos tais como mediação vítima -infrator. Para decidir o conflito de forma responsável e honesta, é importante, disponibilidade psíquica e emocional das partes, pois às emoções e vivências desencadeadas em tal oportunidade no momento da fala, não se encontram na Justiça tradicional.

O crime no ponto de vista da perspectiva restaurativa é observado de forma diferente, pois é considerado como uma violação aos relacionamentos coletivos e não como uma ruptura ao Estado. Surge a possibilidade de que a conciliação seja uma alternativa a pena.

Cleber Masson (2018, p. 600) explica que na justiça restaurativa a atuação do Direito Penal não possui foco no interesse público, mas tão somente pelos sujeitos envolvidos no crime:



Em verdade, o crime deixa de constituir-se em ato contra o Estado para ser ato contra a comunidade, contra a vítima e ainda contra o próprio autor, pois ele é também agredido com a violação ao ordenamento jurídico. E, se na justiça retributiva há interesse público na atuação do Direito Penal, na justiça restaurativa tal interesse pertence às pessoas envolvidas no episódio criminoso. Não mais se imputa a responsabilidade de um crime pessoalmente ao seu autor, coautor ou partícipe. Ao contrário, todos os membros da sociedade são responsáveis pelo fato praticado, já que falharam na missão de viverem pacificamente em grupo (MASSON, 2018, p. 600).

A responsabilidade do crime não é individualizada ao autor, de modo que a sociedade é vista como uma das responsáveis pelos motivos que levaram a prática criminosa. Se considerado que todos são responsáveis pela harmonia e paz pública, a pena privativa de liberdade seria ineficaz, bem como abre espaço para medidas que visam a conciliação e propiciem assistência à vítima.

Verifica-se, ainda, como ideia central a restauração dos relacionamentos, ao contrário de concentrar-se apenas no passado e na culpa. A justiça convencional diz ao acusado que ele fez isso e tem que ser castigado, porém a justiça restaurativa questiona o que pode ser feito para restaurar isso (BOHN; DE JESUS SILVEIRA, 2018).

Outro reflexo da justiça restaurativa é a disponibilidade da ação penal, considerando que os meios deste tipo de justiça são mais flexíveis e informais. Observa-se, que o princípio da obrigatoriedade da ação penal que obriga o Ministério Público a promovê-la quando houver a prática de um crime, não prevalece nesse contexto.

No âmbito do sistema de justiça penal brasileiro, a interpretação do princípio da obrigatoriedade deve levar em conta a sua realidade: conforme explica Gordilho e Silva:

[...]marcada (1) pelo congestionamento das vias ordinárias de processamento dos conflitos jurídico-penais, que conduz ao trâmite reconhecidamente moroso dos procedimentos criminais, incompatível com o dinamismo da sociedade hipermoderna, talvez situada mais propriamente na velocidade do que no tempo, como decorrência da revolução tecnológica, sobretudo, comunicacional, dos últimos anos; e (2) pela indiscutível incapacidade operacional das agências executivas de processar todas as infrações penais notificadas nos órgãos de controle formal da desviação. De acordo com a sétima edição da publicação "Ministério Público: um retrato", os órgãos estaduais e federais do Ministério Público brasileiro receberam 7 milhões e 675 mil inquéritos policiais ao longo de 2017, dos quais apenas 830.280 foram convertidos em ações penais, o que traduz a média de 10% de processamento judicial dos conflitos jurídico-penais notificados (CNMP apud GORDILHO; SILVA, 2019, p. 99-120).

O contexto de morosidade dos processos criminais e incapacidade operacional, conseqüentemente leva ao pensamento de superação do princípio da obrigatoriedade, dando

espaço a mitigação dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública.

Segundo Masson (2018, p. 601) os apoiadores deste tipo de justiça desejam ampliar sua atuação na prática:

A participação da vítima e do agressor na justiça restaurativa depende do consentimento válido de ambas as partes, devendo cada uma delas receber explicações claras acerca da natureza do procedimento e de suas consequências. Em qualquer momento os envolvidos podem desistir da participação na justiça restaurativa. A vítima e o agressor precisam aceitar como verdadeiro o episódio criminoso, e o agressor deve reconhecer sua responsabilidade pela prática do fato debatido. As partes têm o direito de aconselharem-se juridicamente em todas as etapas do procedimento. O encaminhamento de um caso iniciado na justiça retributiva à justiça restaurativa pode ocorrer em qualquer momento, desde a investigação criminal até o trânsito em julgado da condenação. O Trâmite do procedimento deve considerar as diferenças eventualmente existentes entre a vítima e o agressor, causadas por motivos de idade, de maturidade, de capacidade intelectual, situação econômica, etc. (MASSON, 2018, p. 601)

Portanto, verifica-se a preocupação com a vítima, diferentemente do que acontece na justiça retributiva, de modo que ela torna-se protagonista no processo, trazendo reflexão sobre o impacto do crime tanto na vítima como no ofensor.

### 1.2.2 Justiça Negocial

A justiça negocial envolve um acordo entre o acusado de cometer um crime e o órgão acusatório, produzindo uma antecipação do conflito por meio da autocomposição criminal. Um exemplo de manifestação no ordenamento jurídico brasileiro é a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal.

Em relação ao seu conceito:

[...] pensa-se que a justiça consensual (ou negocial) é o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes (VASCONCELLOS, 2018 apud FABRETTI, 2018).

Teve sua origem no direito anglo-saxão, com destaque para o instituto do *plea bargaining* norte americano. Nesse contexto, acerca da definição do referido instituto:

[...] o procedimento por meio do qual o acusador e a defesa chegam a comum acordo, resultando essencialmente em espécie de contrato entre as partes. Para tanto, o acusado dispensa o seu direito de ser processado e julgado em processo criminal, trocando-o pela redução da gravidade dos delitos e/ou da severidade da sentença (JOHNSON; SPOHN apud NETTO, 2019, p. 229-264).

Verifica-se, portanto, que esse instituto se diferencia da justiça retributiva, que não permite o acordo entre o acusado e o órgão acusatório. Com efeito, observa-se que o *plea bargaining* pressupõe a imposição de uma pena, contudo ela pode ser negociada, bem como pode ser concedido benefícios.

A justiça negocial possui como um dos principais fundamentos a celeridade processual. Os meios burocráticos e não flexíveis não mais suportam a necessidade da resolução de demandas oriundas da sociedade moderna.

Considerando a expansão do Direito Penal, verifica-se certa relevância da justiça negociada, por diferentes razões. Não somente a gestão financeira identifica o interesse da política criminal estatal, mas a própria dinâmica da sociedade moderna, que parece não mais suportar um processo penal burocrático, moroso e ineficiente como instrumento para a aplicação do direito ao caso concreto. Os atos processuais desnecessários não são compatíveis com a velocidade da comunicação da sociedade vigente (SUXBERGER; GOMES FILHO, 2016).

As garantias individuais e os princípios constitucionais não devem ser desrespeitados em detrimento a celeridade, contudo a desburocratização em relação aos crimes considerados menos lesivos, acarreta no desempenho de maiores recursos ao combate de crimes graves.

Nesse sentido:

Procurando dar uma resposta adequada aos anseios da sociedade, o novo modelo de justiça criminal, conforme aponta a doutrina, delimita o chamado espaço de consenso, em que o princípio da autonomia da vontade é a tônica no recuo voluntário de certas garantias constitucionais, no caso de infrações de pequena e média criminalidade, deixando o chamado espaço de conflito para a criminalidade grave, caracterizada pela contrariedade, antagonismo e observação restrita a garantias fundamentais. O que se procura, na verdade, é um processo de resultado, em que se assegure a tutela de todos os delitos, com utilidade das decisões (GOMES apud ALBERTON, 2012, p. 837-860).

A formalidade processual não pode ser obstáculo no alcance dos objetivos do processo. O sistema penal deve ao mesmo tempo conciliar a funcionalidade com as garantias, tendo em vista que o Estado deve preservar os direitos do cidadão, bem como propiciar o bem para a coletividade. A ampliação da justiça negocial no processo penal representa a busca pela máxima eficácia na aplicação da norma penal (SILVA, 2017).

A justiça negocial possui como essência a busca por bons resultados para ambas as partes, impondo o encerramento antecipado de alguma fase essencial do processo. O réu não está mais no papel de resistência, mas sim poderá realizar acordo com a acusação.

Nesse rumo, sobre as possibilidades de acordo:

Isso inclui desde aspectos probatórios, com o uso cada vez mais frequente da colaboração premiada e de acordos de leniência, até questões diretamente ligadas à economia processual, com propostas que dão uma maior abrangência a modelos negociais que suprimem a necessidade da instrução probatória e do processo penal, como uma “transação penal” alargada. Dispositivos que possibilitam a imposição de sanções penais a partir do consenso do imputado, obtido por meio do oferecimento de benefícios, como a redução da pena ou até o perdão judicial, aparecem em diversos atos normativos e projetos legislativos atuais (JÚNIOR, 2020).

No ordenamento jurídico brasileiro a inauguração de um instituto que se diferenciava da justiça retributiva, foi em 1995 com a lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais. A pena privativa de liberdade foi substituída por medidas alternativas à privação da liberdade. Salienta-se, que para a propositura do acordo o acusado deve preencher alguns requisitos, além de que o crime cometido não pode ter pena máxima superior a dois anos.

Considera-se que “o marco inicial da justiça consensual brasileira na esfera penal é a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95 (LGL\1995\70)), que foi criada para tratar de crimes com menor potencial lesivo e trouxe consigo os institutos da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo” (VASCONCELLOS *apud* WEDY, 2019, p. 279-306).

A referida lei inaugurou um movimento despenalizador e desencarcerador por meio das possibilidades de acordo, considerando a situação do sistema prisional. PACELLI (2012, p. 742) aduz que:

o problema penitenciário e prisional não é uma característica dos países denominados periféricos ou em desenvolvimento. O drama causado pela superpopulação de encarcerados e pelas condições desumanas de cumprimento das penas demonstra o desencanto com as prometidas funções destinadas às sanções penais e a consequente falência de todo o sistema punitivo de privação de liberdade.

Outro instituto negocial presente no ordenamento jurídico é a colaboração premiada, contudo referido instituto não visa a supressão do processo, mas sim a concessão de benefícios para aquele que colaborar com a investigação.

Observa-se, assim, que a justiça negocial visa a abreviação dos trâmites processuais a partir de acordo imposto pela acusação, possuindo como principais fundamentos a celeridade e a economia processual. Se manifesta também por meio de institutos que oferecem benefícios ao acusado como é o caso da colaboração premiada.

Salienta-se, que o objeto de estudo do presente trabalho, ou seja, o acordo de não persecução penal, além de ter como finalidade o encerramento antecipado da lide que é característica da justiça negocial, possui também uma função restaurativa ao possibilitar a reparação do dano à vítima.

Por fim, a desburocratização do processo penal por meio do acordo de não persecução penal garante maior eficácia e celeridade, bem como analisando o artigo que trata de sua propositura, somente será celebrado se as condições impostas foram suficientes para a reprovação e prevenção do crime, de modo que a pena poderá ser substituída, considerando o objetivo do acordo.

## CONCLUSÃO

Considerando que o acordo de não persecução penal foi positivado recentemente, é importante estabelecer entendimento em relação a alguns aspectos. No tocante à confissão do crime pelo investigado, observa-se que é um procedimento extrajudicial, bem como a confissão é considerada apenas requisito para a propositura do acordo. Dessa forma, em caso de descumprimento do acordo e posterior oferecimento de denúncia não poderia ser utilizada como elemento de prova. Outro aspecto é em relação ao oferecimento aos processos em curso. Verifica-se que esse instituto possui norma híbrida, possuindo conteúdo material e formal, portanto pode retroagir em benefício do réu, de modo que o acordo poderá ser oferecido.

Em suma, restou plenamente demonstrado que o acordo de não persecução penal possibilita a aplicabilidade da autocomposição no Direito Penal, por meio da possibilidade de acordo entre o Ministério Público e o investigado, objetivando maior desburocratização processual. Isto pois, a justiça criminal necessita de constante inovação, considerando as mudanças da sociedade, sendo que uma dessas inovações são as medidas alternativas que não visam a privação de liberdade.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de Não Persecução Penal: Teoria e Prática**. Editora JH Mizuno, 2019. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=eAa1DwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=acordo+de+n%C3%A3o+persecu%C3%A7%C3%A3o+pena+l+&ots=EUWt4Z6ni8&sig=3VyoQtqojCFRiDszoZPhFHgtMAG#v=onepage&q=acordo%20de%20n%C3%A3o%20persecu%C3%A7%C3%A3o%20penal&f=false>>. acesso em: 04/05/2020.

BOHN, Maurício Futryk; DE JESUS SILVEIRA, Flávia. JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA O SÉCULO 21: O DESAFIO DO NOVO MODELO CRIMINAL NA COMARCA DE GRAVATAÍ/RS. **Revista Mediação & Justiça**, v. 1, n. 1, 2018. Disponível em: <<http://mediacaojustica.com.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/8/8>>. Acesso em: 07/05/2020.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-lei Nº 3.689, De 3 De Outubro De 1941**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. acesso em: 15/05/2020.

CASTRO, Caroline Soares Castelliano Lucena de; NETTO, Fábio Prudente. Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/opiniaio-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 15/05/2020.

CNMP apud DE SANTANA GORDILHO, Heron José; SILVA, Marcel Bittencourt. ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL E A DISCRICIONARIEDADE MITIGADA NA AÇÃO PENAL PÚBLICA. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 5, n. 2, p. 99-120, 2019. Disponível: <<https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/6031/pdf>>. Acesso em: 07/05/2020.

CUNHA, Rogério Sanches apud Júnior, Aury Lopes; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 17/05/2020.

DE SANTANA GORDILHO, Heron José; SILVA, Marcel Bittencourt. Acordo De Não-persecução Penal e a Discricionariedade Mitigada na Ação Penal Pública. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 5, n. 2, p. 99-120, 2019. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/6031/pdf>>. acesso em: 04/05/2020.

DE SOUZA, Francielle Calegari; DE SOUZA, Wilma Calegari. Justiça restaurativa: um novo olhar no contexto do sistema penal brasileiro. **Revista Jurídica da UniFil**, v. 16, n. 16, p. 13-25, 2019. Disponível em: <<http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/1155/1053>>. acesso em: 07/05/2020

GANDOLFI, Letícia Rodrigues Barbosa; DA SILVA, Gabriel Videira. Análise Crítica Do Acordo De Não Persecução Penal Previsto Na Resolução 181/2017 Do Cnmp. **I Fórum De Direito Internacional De Direitos Humanos**, v. 1, n. 01, 2019. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/IFDIDH/article/viewFile/8125/67649075>>. Acesso em: 04/05/2020.

GOMES, Flávio Luiz apud ALBERTON, Genacéia da Silva. Considerações sobre o Juizado Especial Criminal: Competência, infrações de menor potencial ofensivo e audiência preliminar. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**, São Paulo, n. 4. p. 837-860, junho, 2012 [recurso eletrônico]. Disponível em: [www.revistadoatribunais.com.br](http://www.revistadoatribunais.com.br). Acesso em: 07/05/2020

JOHNSON, Brian D. KING, Ryan D. SPOHN, Cassia apud NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Plea Bargaining e Seus Seus Contornos Jurídicos: Desafios Estrangeiros Para O Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo. n.155. p.229-264, maio, 2019 [recurso eletrônico]. Disponível em: [www.revistadoatribunais.com.br](http://www.revistadoatribunais.com.br). Acesso em: 07/05/2020.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 17 ed<sup>a</sup>. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <<file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Direito%20Processual%20Penal%20-%20Aury%20Lopes%20jr.%202020>>. Acesso em: 15/05/2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p.284.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. p.599.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.742.

SILVA, Danni Sales. **Justiça penal negociada**. 2017. Tese de Doutorado. Disponível em: <[https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31832/1/ulfd133819\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31832/1/ulfd133819_tese.pdf)>. Acesso em: 07/05/2020.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o direito penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, v. 13, n. 1, 2016. Disponível em <<https://search.proquest.com/openview/cb3a3da62b7b5dfbf508cb40fbc31820/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2031896>>. Acesso em: 07/05/2020.

VASCONCELLOS *apud* FABRETTI, Humberto Barrionuevo et al. O sistema de justiça negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência brasileira. **Revista Direito UFMS**, v. 4, n. 1, 2018. Disponível em: <<file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/5919-Texto%20do%20artigo-19758-1-10-20180727.pdf>>. Acesso em: 14/05/2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de *apud* WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN Maria Eduarda Vier. O futuro do Direito Penal negocial e o Estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 156, p. 279-306, junho, 2019 [recurso eletrônico]. Disponível em: [www.revistadoatribunais.com.br](http://www.revistadoatribunais.com.br). Acesso em: 07/05/2020.

## **A PARTICIPAÇÃO DA FAMÍLIA NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL NO PROCESSO PENAL**

**AILTON DE OLIVEIRA COSTA:**  
Bacharelado em Direito pelo Centro  
Universitário Una.

**RESUMO:** O presente artigo pretende abordar a importância do papel da família, na instrução do processo penal. Não obstante o instituto Família estar evoluindo de acordo com os passos do progresso da sociedade contemporânea, as buscas por um tratamento humanizado e de diminuição de reincidentes no Processo Penal ainda estão emperradas. Diante de tal contexto, quer se defender, por meio de técnica bibliográfica, que a obrigatoriedade da intimação da família do réu primário sem antecedentes, em uma audiência de instrução e julgamento criminal, ajudaria no conhecimento da vida pregressa do mesmo, facilitando ao Magistrado o conhecimento da personalidade do indivíduo ali julgado. Seguindo essa linha, o Juiz teria condições de detectar se o réu necessitaria de pena privativa de liberdade ou se o mesmo mereceria um voto de confiança do Estado, imputando-lhe outra medida menos grave.

**Palavras-chave:** Família. Réu Primário. Processo Penal. Penas Humanizadas.

**ABSTRACT:** This article aims to address the importance of the role of the family in the instruction of criminal proceedings. Despite the fact that the Instituto Familia is evolving according to the steps of the progress of contemporary society, the search for a humanized treatment and for the reduction of repeat offenders in the Criminal Procedure are still stuck. In the face of such a context, he wants to defend himself, by means of bibliographic technique, that the mandatory summons of the family of the primary defendant without precedent, in an instructional hearing and criminal trial, would help in the knowledge of his previous life, facilitating the Magistrate the knowledge of the personality of the individual judged there. Following this line, the Judge would be able to detect whether the defendant would need a custodial sentence or if he would deserve a vote of confidence from the State, imputing another less serious measure.

**Keywords:** Family. Primary Defendant. Criminal proceedings. Humanized Feathers.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO; 2 A importância histórica da família no processo penal; 2.1 Princípio da Busca da Verdade; 2.2 Princípio do Devido Processo Legal; 3 A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO PENAL; 3.1 A análise das circunstâncias do crime; 3.2 O “réu primário”; 3.2.1 O “réu primário” sem antecedentes criminais; 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

### **1 INTRODUÇÃO**

"A audiência de instrução e julgamento criminal é o principal ato de um processo seja de procedimento ordinário, sumário ou sumaríssimo, uma vez que, é nela, que serão ouvidas as testemunhas, a vítima, os peritos e, o acusado." É o dizem a maioria dos juristas.



O que está em debate na presente pesquisa, é o porquê de a família do réu não ser convidada a participar da audiência... Não é a condenação nem a liberdade, mas a possível redução de egressos no sistema prisional.

Como o Magistrado irá demonstrar o conhecimento da personalidade do réu sem conhecer seu passado? Ele se apoiara no crime ali julgado? O magistrado pode até ser confundido com o órgão defensor, pois tem o dever de proteger a constituição, mas como defender o Princípio da ampla defesa, se quem conhece o réu não está presente para defendê-lo? O que motivou o crime? Para a vítima não tem importância?

Para a sociedade que busca um menor número de reincidentes no crime é de suma importância o trabalho sobre o conhecimento da vida pregressa do réu. Por este motivo, devemos trazer para a audiência quem mais conhece o indivíduo a ser julgado.

O Juiz que conhece o réu tem que declarar-se incompetente. Mas como seria bom se todo magistrado tivesse uma bola de cristal para poder enxergar o passado do réu, assim conheceria as circunstâncias da vida que antecederam o ato criminoso. Poderia levar o magistrado as festas de aniversário, de fim de ano, os passeios a paraísos tropicais, sem esquecer as boas aulas que o réu teve com participação efetiva do estado.

Ou enxergar que o réu nunca teve comemoração, nem de aniversário e nem de fim de ano, nunca viajou e que seu nome consta na matrícula do ensino fundamental somente para garantir o repasse financeiro da união para o município. Poderia enxergar que réu foi criado em um ambiente luxuoso, mas sem a devida participação da família, ou enxergar que aquele amigo que tinha tanta confiança dos pais, não era tão amigo assim.

O Estado poderia presentear os magistrados com esta "bola de cristal", buscando para a audiência quem conhece o réu, quem conviveu com ele. Ninguém tem maior conhecimento sobre a pessoa a ser julgada que a família dele.

O intuito deste Trabalho de conclusão de curso é demonstrar ao público acadêmico a importância da família do réu primário sem antecedentes, durante a audiência de instrução e julgamento criminal.

## 2 A importância histórica da família no processo penal.

A família é o primeiro grupo social de um indivíduo, é nela que ele sente a confiança e a segurança, mas também é dela que ele sente a vergonha, após cometer um ato de indisciplina ou ilícito.

O envolvimento entre a família e o direito existe desde o início da humanidade. A família, considerada a base de qualquer sociedade, o que unia os componentes da família antiga era algo mais forte que o nascimento, o sentimento ou a força física: e esse algo forte encontrava-se na religião no lar e nos antepassados. Religião esta que se impunha como obrigatório o respeito e a obediência ao líder da família. Obediência que com a evolução do instituto família, passou a procurar o máximo de modernidade e de direito, deixando de ser um instituto baseado na força, no poder, na autoridade, revestindo-se do poder/dever, em sintonia com os reais interesses dos filhos.

Atualmente, a família é conceituada como um conjunto de pessoas que podem ou não estar ligadas por laços de sangue. Laços estes que não misturam, mas o afeto entre os membros da família, é rápido e indestrutível. Familiares discutem, brigam e se protegem em questão de minuto.

Hoje em dia, é entendido que a família não existe sem o direito. A prática do Direito é aplicada com o objetivo de manter o equilíbrio que rege o meio social

Mas o que causa maior aflição na família e a separação de modo brusco seja pela morte ou por encarceramento prisional. Encarceramento este que preocupa mais em afastar o indivíduo do convívio social do que recuperá-lo. Como cita em sua obra, Holocausto Brasileiro, Daniela Arbex:

Quando chegavam ao hospício, suas cabeças eram raspadas, suas roupas arrancadas e seus nomes descartados pelos funcionários, que os rebatizavam. Os pacientes da Colônia às vezes comiam ratos, bebiam água do esgoto ou urina, dormiam sobre capim, eram espancados e violados. Nas noites geladas da Serra da Mantiqueira, eram deixados ao relento, nus ou cobertos apenas por trapos (ARBEX, Daniela – Holocausto Brasileiro 2015)

Nos moldes atuais do sistema de recuperação de egressos, este, totalmente desacreditado na eficácia da pena restritiva da liberdade e na recuperação do infrator.

A prisão é um instituto que tem falhado em sua intenção de recuperar o indivíduo. Já a família, apesar de tão enfraquecida pela globalização e mídias sociais, é sempre o porto seguro de indivíduos encarcerados uma vez que as pessoas percebem na unidade familiar um núcleo de apoio e referência.

Todos os pais (deveriam ser todos) trabalham para dar uma boa educação a seus filhos, por isso, trabalham em busca de métodos eficazes de disciplina, para ensinar o caráter, o autocontrole e o comportamento moral.

Segundo Fernando Capez: "o homem aprendeu a viver numa verdadeira "societas criminis", surgindo então o Direito Penal, com o intuito de defender a coletividade e promover uma sociedade mais pacífica." (CAPEZ, 2002).

Corroborando com o mesmo entendimento Ney Moura Teles afirma o seguinte: "Antes da constituição do Estado moderno, considerado o detentor do poder de punir, a sociedade já se organizava em grupos. Mas apenas existiam famílias, clãs e tribos, com nível muito baixo de organização social" (TELES, 2006, p. 20).

Desta feita, conclui-se que o Direito Penal é tido como recurso de controle social regido pelo princípio da intervenção mínima, sendo a pena uma forma de possibilidade última de resposta (NUCCI, Guilherme de Souza, 2006).

## 2.1 Princípio da Busca da Verdade

Nas palavras de Chiaverini “o homem primitivo não pergunta: como isso ocorreu? Pergunta apenas: quem fez?” (CHIAVERINI, 2009, p. 02).

A verdade é que tal fato se repete nos nossos dias, considerando que existem as execuções privadas levadas a termo por justiceiros.

A busca pela verdade é um árduo procedimento o qual o acusado é caçado por todas as formas de punição do Estado até vir a alcançar a possibilidade de demonstração da então veracidade fática. O autor Enzo Paladino deixa isso bem evidente em sua obra Dicionário Enciclopédico dos Princípios Jurídicos:

A crença de que a verdade podia ser alcançada pelo Estado tornou a sua perseguição o fim precípua do processo criminal. Diante disso, em nome da verdade, tudo era válido, restando justificados abusos e arbitrariedades por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal, bem como a ampla iniciativa probatória concedida ao juiz, o que acabava por comprometer sua imparcialidade (PALADINO, 2000)

Para evitar qualquer tipo de abuso Estatal no julgamento de um indivíduo, criou-se o instituto do devido processo legal.

## 2.2 Princípio do Devido Processo Legal

O devido processo legal é a possibilidade do exercício da ampla defesa e do contraditório por parte do acusado em face as ações do Estado, sendo este ainda beneficiado pela ordem de manifestação.

É o princípio do devido processo legal que garante a todos o direito a um processo com todas as fases previstas em lei e todas as garantias constitucionais, o direito ao contraditório e a ampla defesa.

A Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB de 1988 trouxe pela primeira vez em seu texto o Princípio do Devido Processo Legal. Ele está expresso no art.5º, inciso LIV, que aduz:

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

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988)

A partir do respeito de todos os atos processuais, a instrução probatória de um crime poderá ser realizada, sem qualquer tipo de nulidade em seu procedimento vez que o acusado estará ciente de cada passo do poder julgador.

### 3 A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO PENAL

Instituída no artigo 400 e seguintes do Código de Processo Penal de 1940 a audiência de instrução e julgamento é o principal ato de um processo, seja de procedimento ordinário, sumário ou sumaríssimo. E nela deve ser aplicado o devido processo legal, princípio basilar da audiência em questão.

Mas se é nesta oportunidade que o indivíduo tem, de forma ampla, de demonstrar a sua inocência, trazendo todos os elementos que estiver ao seu alcance, porque o mesmo não pode ter a seu lado quem conhece seus anseios, suas falhas e talvez os derradeiros motivos que o levou a cometer o possível delito.

É exatamente, neste ponto, que é a audiência de instrução e julgamento torna-se uma oportunidade de exercer a ampla defesa com todos os meios legais disponíveis.

O artigo 400 e §§ do Código de Processo Penal, disciplina como deve ser realizada a audiência. Vejamos:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (BRASIL, 1941)

Ressaltando que, no rito ordinário, poderão ser arroladas até 8 (oito) testemunhas, tanto pela acusação quanto pela defesa. Se, por acaso, incidirem dúvidas após a produção de provas na audiência, poderão ser requeridas diligências para resolvê-las.

Não existindo pedido de diligências, ou o mesmo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, a sentença.

Observando o desenrolar da audiência, podemos notar que em nenhum momento foi descrito que o juiz poderá citar a família do réu para esclarecimentos da vida pregressa do mesmo.

Este ato, de ouvir família do réu, deveria ser um requisito obrigatório e inicial em uma audiência de instrução e julgamento criminal. Seria um ato de extrema importância para o magistrado entender o motivo da realização do possível crime pelo qual o réu esta sendo acusado, ajudaria no entendimento da personalidade do réu.

Na maioria das vezes o réu está preso e impedido de contato com a família por trinta dias. Essa falta de contato com a família por trinta dias, prazo este estipulado por centros de reeducação ou penitenciárias, traz prejuízo à defesa, pois o prazo do Inquérito é de dez dias.

A falta da presença de familiares em uma audiência prejudica a defesa do réu, tornando a deficiente, o que pode inclusive anula-la, pois o entendimento do STF é: Súmula

nº 523. “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”

Existem pessoas que confundem as testemunhas improprias como possíveis ajudantes da defesa o que é uma inverdade, pois testemunha Própria é a que presta depoimento sobre os fatos objetivos do processo e Impróprias prestam depoimentos sobre fatos alheios ao fato principal, mas que possuem certo tipo de relação com ele. Ou seja, a testemunha impropria possui certo tipo de relação com os fatos e não com o réu.

A liberdade do réu é o que vai estar em debate, pois ele chega em uma audiência com as acusações prontas devendo ao mesmo provar sua inocência.

### 3.1 A análise das circunstâncias do crime

É no artigo 59 do Código Penal (CP), que o magistrado se embasa para aumentar ou diminuir a pena de um delito.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (BRASIL, 1940)

É justamente aí que a participação da família na audiência vai ajudar o juízo. Pois o Juiz Presidente do processo, ao ouvir relatos da família sobre o indivíduo ali julgado. Terá plenas condições de avaliar a personalidade do réu, os reais motivos que o levaram a cometer o possível delito.

Analisando as informações repassadas pela família, o magistrado poderá pesar ou aliviar a condição do réu. Poderá o Juiz observar que mesmo o indivíduo tendo cometido um ato ilícito, que se enquadre em uma pena de restrição a liberdade, aquele ato não se repetira, ou seja, não será necessário a pena de restrição de liberdade.

Seguindo este entendimento, o Superior Tribunal de Justiça – STJ entende que:

A circunstância judicial referente a personalidade do agente não pode ser valorada de forma imprecisa, ou objetivamente desamparada por quanto, através de considerações vagas e insuscetíveis de controle, a sua utilização acarretaria a ampla e inadequada incidência de Direito Penal do autor (RESP 51.364, DJ 01/07/2004)

Existe uma grande diferença entre bandido e criminoso. O primeiro vive de práticas ilícitas, exemplo um vendedor de drogas habitual. O segundo é o indivíduo que praticou um ato ilícito momentâneo, exemplo: brigou em uma festa com parentes se exaltou e deu uma garrafada em um cunhado.

Cometeu um crime, mas o autor do ato ilícito não precisa ter a restrição de liberdade, afinal ele não vai sair dando garrafada em todo mundo.

Mas se um magistrado condena a uma pena de restrição de liberdade, uma pessoa que é réu primário sem antecedentes por um crime momentâneo, ele estará produzindo mais um futuro egresso ao sistema prisional, como já descrito neste trabalho o processo de reeducação no sistema prisional é falho.

### 3.2 O “réu primário”

No mundo jurídico, é denominado de “primário” o réu que não foi anteriormente condenado por sentença transitada em julgado, ou seja, um réu que não seja reincidente. Porém é considerado tecnicamente de primário o réu em que o prazo depurador (entre a data do cumprimento da pena e a da infração posterior não pode ter decorrido período de tempo superior a 5 cinco) tenha já se expirado, nos termos do art. 64, I, CP, a seguir:

Art. 64 - Para efeito de reincidência: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (BRASIL, 1940)

Quando o réu é tecnicamente primário? Segundo o disposto na legislação penal, mais precisamente no artigo 63 do CP o réu só será considerado reincidente quando cometer um novo crime depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, a prática do crime deve ser depois do trânsito em julgado.

#### 3.2.1 O “réu primário” sem antecedentes criminais

O tipo de réu explicado no parágrafo anterior, é conhecido no meio jurídico como réu primário com antecedentes. Este réu não é o indivíduo de pesquisa deste trabalho, pois aqui, vamos tratar do réu primário sem antecedentes, aquele que nunca “pisou” a frente de um Magistrado.

E com este réu que devemos ter muita atenção. Viram questionamentos sobre que todos um dia foram primários sem antecedentes, mas um bom “sermão” as vezes é mais benéfico que um tapa.

Em uma audiência de instrução e julgamento criminal, com a presença de familiares, o indivíduo, além de sentir-se protegido, vai levar consigo a obrigação de não decepcionar novamente seus familiares, (em caso de absolvição ou imputação de pena não restritiva de liberdade).

E até quando o réu sofre uma condenação com restrição de liberdade, a simples presença de familiares na audiência, ira faz-lo refletir e buscar não mais decepcionar seus entes que demonstraram solidariedade com o mesmo tendo como reflexo um menor número de reincidentes no sistema prisional.

Para sociedade que é a maior vítima de atos ilícitos, é sempre comemorada a prisão de indivíduos suspeitos de crimes, mas é esquecido que o mesmo indivíduo, não recuperado ou sentindo-se injustiçado ou por ser inocente ou por não ter sido compreendido pelo

magistrado em sua condição quando cometeu o ato que ocasionou sua prisão, ira voltar a cometer outro delito como forma de vingar do sistema, que para seu entender foi culpado por não ter sido “escutado”.

No ano de 2006, fui por longos 11 meses a visita de um irmão no Presídio de Betim, desgastante a distância e desrespeitoso o processo de revista pessoal e de pertences.

Mas o que vem ao caso nesta minha experiência, foi de ter conhecido um detento com o vulgo “olho de gato”. Em minhas visitas ele me relatou que foi preso pelo crime de tráfico, mas que não era traficante e sim usuário. Em uma abordagem policial, enquanto ele usava entorpecentes, foi encontrado nas proximidades uma certa quantidade de drogas. Segundo ele era praxe os vendedores se desfazerem das drogas e correrem. E que os policiais sabiam que a droga não era dele. Ele estava aguardando a audiência de instrução, tinha a esperança de ser colocado em liberdade após esta audiência e me relatou: “se eu for colocado em liberdade vou trabalhar muito para retribuir tudo que minha mãe está fazendo por mim”.

Era a mãe dele que ia visitá-lo. Mas infelizmente foi condenado a seis anos de prisão em regime fechado, sua mãe adoeceu e apenas sua irmã ia as visitas. Meu irmão saiu após 11 meses do cumprimento de pena, não tive mais contato com o detento. Meu irmão, em conversa informal comigo me falou “você lembra do olho de gato, fiquei sabendo que ele é o chefe do tráfico da região do Jardim América (região que ele morava) ficou perigoso.” e eu respondi “mais uma cria do sistema penitenciário”.

Chego ao fim desta pesquisa jurídica, com o convencimento que com a evolução do direito, minha tese que a participação da família em uma audiência de instrução e julgamento criminal é extremamente necessária para garantia dos direitos fundamentais do indivíduo, para o auxílio dos magistrados no conhecimento do réu e para a sociedade com a redução do número de egressos na prática de crimes.

#### 4 CONCLUSÃO

Chega-se ao fim deste estudo convencido que com a evolução do direito, minha tese que a participação da família em uma audiência de instrução e julgamento criminal é extremamente necessária para garantia dos direitos fundamentais do indivíduo, para o auxílio dos magistrados no conhecimento do réu e para a sociedade com a redução do número de egressos na prática de crimes.

Trata-se da promoção da dignidade humana e da confiança na ressocialização do réu.

#### REFERÊNCIAS

ARBEX, Daniela. Holocausto Brasileiro: genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil. Minas Gerais: Intrínseca, 2013.

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

BRASIL, Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL, Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941., Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 51.364, Diário Judicial 01 de Julho de 2004

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Súmula 523, DJE 207, 13 de Setembro de 2017

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CHIAVERINI, Tatiana. Origem da pena de prisão. 2009. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais. São Paulo: Imprensa, 2006.

TELES, Ney Moura. Direito Penal. 2. ed. São Paulo: Imprensa, 2006.



## **A RELAÇÃO ENTRE O DIMENSIONAMENTO DE PESSOAL E O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE ALAGOAS**

**ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:** Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

O Estado existe para servir ao cidadão e não para dele se servir. Hodiernamente, por isso, cresce a cobrança diária da população e dos órgãos de controle sobre a necessária ampliação dos serviços públicos.

Nesse contexto, a Administração Pública precisa atingir índices de alta eficiência na prestação destas tarefas em benefício dos cidadãos. E, para tanto, uma das estratégias mais comuns de que se valem os gestores públicos é a alteração do dimensionamento de pessoal.

A par disso, segundo essa aceção defendida por grande parte dos gestores públicos, para se ter uma maior presença do Estado é necessário que se amplie o quadro de servidores públicos que nele laboram, seja através de concurso público, seja mediante provimentos de cargos em comissão. Ou até via terceirização de suas atividades pela iniciativa privada.

Por óbvio que a decisão administrativa de expansão do quadro de servidores, quando efetivamente se mostrar conveniente e oportuno, merece total cabimento e estímulo. Seria inaceitável que um hospital, por exemplo, necessitasse de mais médicos com formação em obstetrícia e simplesmente o Estado não se importasse em prover as unidades de saúde com esses profissionais, causando a morte de bebês.

Por isso, em muitas situações a primeira medida a ser adotada pelo gestor público ao ser confrontado com a dificuldade na prestação do serviço público é imputar tal falha ao número insuficiente de servidores públicos<sup>124</sup>.

No entanto, geralmente a falha quanto ao serviço público mal prestado não se resolverá com a contratação desmedida de novos profissionais, haja vista que, quase sempre, o ingresso dos novos servidores públicos não será precedido de um planejamento estratégico<sup>125</sup>.

---

124 HUNGER, J. David. **Gestão estratégica: princípios e prática**. 2.ed. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Editores, 2002.

125 ASSIS, Marcelino Tadeu de. **Indicadores de gestão de recursos humanos: usando indicadores demográficos, financeiros e de processos na gestão do capital humano**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

No tocante ao dimensionamento de pessoal caberia à Administração Pública atuar mediante um planejamento de longo prazo, sempre com cenários prospectivos. Planejar os valores, a visão e a missão da organização pública. Analisar o ambiente externo e interno. Construir os cenários a partir de uma identificação, com diagnóstico preciso da situação a ser gerida<sup>126</sup>.

Essa visão estratégica necessitaria de uma concepção geradora de possíveis cenários, os quais pudessem ser interpretados e analisados, com a perspectiva de proposições a serem implantadas. Também da feitura de uma simulação da gestão futura daquele órgão público, consolidada numa versão final para fins de execução<sup>127</sup>.

Para tanto a Administração Pública, indubitavelmente, necessitaria caminhar e traçar o seu processo decisório administrativo a partir de indicadores e metas de desempenho. Criar as iniciativas estratégicas, executá-las e, assim implementá-las mediante um plano de ação, gerindo os projetos específicos deste<sup>128</sup>.

O que se percebe como regra na prática administrativa brasileira, no entanto, é a completa ausência de um planejamento estratégico quanto ao dimensionamento de pessoal na seara da Administração Pública<sup>129</sup>.

Ao invés, por exemplo, de se elaborar o instrumento básico de uma gestão eficiente – fala-se aqui do planejamento estratégico – parte-se para uma contratação de pessoal sem qualquer dimensionamento. Por vezes, até descompromissada com o futuro e as consequências negativas que poderão advir destas medidas, como o inchaço de um órgão público com servidores públicos em demasia.

O resultado disto é a continuidade, em todo o país, de problemas graves na execução dos serviços públicos. Na gênese da dificuldade, no entanto, há uma triste realidade escondida numa cortina de fumaça, qual seja a inexistência de planejamento estratégico.

Muitas vezes, os problemas da Administração Pública poderiam ser resolvidos com a relocação de servidores públicos que estão subutilizados. Ou com a mudança de visão da instituição com relação ao enfrentamento dos desafios diários. Coisas simples como a redução da burocracia, a automação de tarefas repetitivas ou mesmo a criação de um *midset* empreendedor no campo do serviço público, com foco na inovação.

No âmbito do Estado de Alagoas, a título de exemplo, o legislador constituinte previu essa necessidade de realizar uma Administração Pública pautada no planejamento, conforme se vê logo abaixo:

Art. 42. A Administração Pública, estadual e municipal, observará os princípios fundamentais de prevalência do interesse público,

---

126 CARDOSO, Regina Luna Santos. **Elaboração de indicadores de desempenho institucional e organizacional no setor público: técnicas e ferramentas**. São Paulo: FPFL-Cepam, 1999.

127 WRIGHT, Peter L. **Administração estratégica: conceitos**. São Paulo: Atlas, 2000.

128 KALLÁS, David. **Gestão da estratégia: experiências e lições de empresas brasileiras**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

129 CHIAVENATO, Idalberto. **Planejamento estratégico: fundamentos e aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

legalidade, impessoalidade, moralidade, economicidade, publicidade, **planejamento** e continuidade, além de outros estabelecidos nesta Constituição.130 (grifou-se)

No entanto, ainda se trata de uma norma jurídica de baixa efetividade onde os sucessivos gestores públicos não possuem, em regra, a preocupação com o dimensionamento de pessoal. Em muitos casos usando a contratação de pessoal como mero capricho, interesse pessoal ou mesmo eleitoral.

Portanto, em tempos onde se discute o futuro da Administração Pública a partir de uma mudança promovida pela inteligência artificial, pela digitalização dos serviços públicos, pela reestruturação física dos órgãos públicos, pela valorização dos servidores públicos já contratados mediante políticas de reconhecimento dos seus esforços, pelo controle de ilegalidades dos chamados “servidores fantasmas” que não comparecem ao seu labor, parece ser necessário e urgente haver um planejamento estratégico prévio às contratações na Administração Pública.

A título de arremate, fica como reflexão o trecho da obra clássica de Lewis Carroll chamada “Alice no País das Maravilhas” onde a menina Alice dialoga com o Gato sobre os rumos que pretende seguir:

E prosseguiu: “Você poderia me dizer, por favor, qual o caminho para sair daqui?”

“Depende muito de onde você quer chegar”, disse o Gato.

“Não me importa muito onde...” foi dizendo Alice.

“Nesse caso não faz diferença por qual caminho você vá”, disse o Gato.

“...desde que eu chegue a algum lugar”, acrescentou Alice, explicando.

“Oh, esteja certa de que isso ocorrerá”, falou o Gato, “desde que você caminhe o bastante.”131

Assim, se a Administração Pública brasileira não sabe onde quer chegar, diante da ausência de um planejamento estratégico, como dizer que existe algum caminho próspero e iminente para se sair, efetivamente, do grave problema em que se encontra no que tange à má-prestação dos serviços públicos?

Fica a pergunta.

---

130 **BRASIL**. Gabinete Civil. Constituição do Estado de Alagoas. Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 21 dez 2020.

131 CARROLL, Lewis. **Alice no País das Maravilhas**. São Paulo: Ática, 2019.

## ASPECTOS GERAIS SOBRE A PRORROGAÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: REQUISITOS E DISCRICIONARIEDADE

**ÍTALO GONÇALVES MATOS:**  
Graduado em Direito pela UFERSA.  
Pós-Graduando em Direito  
Constitucional pela Damásio  
Educacional. Advogado.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar aspectos gerais sobre a prorrogação de contratos administrativos, notadamente os requisitos elencados pela legislação, doutrina e jurisprudência dos tribunais pátrios, bem como a discricionariedade da Administração Pública na análise da medida. Assim, inicialmente analiso as previsões referentes à duração dos contratos previstas na Lei 8.666/93. Em seguida, elenco os requisitos dispostos na legislação e na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, ressaltando a existência de controvérsia quanto à necessidade de previsão expressa de cláusula autorizativa da prorrogação. Ato contínuo, discorro sobre a discricionariedade do Poder Público na prorrogação contratual, colacionando entendimentos jurisprudenciais. Em sede conclusiva, aponto a necessidade da observância aos requisitos fixados pela Corte de Contas, sendo recomendável a presença de cláusula expressa em deferência aos princípios administrativos e visando dirimir a margem para eventuais impugnações.

**Palavras-chave:** Contratos administrativos. Prorrogação. Requisitos. Discricionariedade.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Duração dos contratos administrativos – 3. Prorrogação contratual – 4. Análise discricionária da Administração Pública – 5. Conclusão – 6. Referências

### 1. INTRODUÇÃO

O Poder Público possui a incumbência de promover políticas públicas que auxiliem na consecução das necessidades coletivas, possuindo como norte os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previstos no art. 3º da CF/88132, a exemplo da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a garantia do desenvolvimento nacional.

Em razão disso, a Administração Pública celebra um feixe de relações jurídicas norteadas pelos princípios expressos no art. 37 da CF/88133 bem como pelos princípios implícitos, notadamente a supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público.

---

132 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

133 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:[...]

Nesse sentido, o art. 37, XXI, da CF/88134 estabelece a regra da necessidade de prévia licitação para celebração de contratos promovidos pela Administração Pública que envolvam obras, serviços, compras e alienações. Sobre o tema, Rafael Oliveira (2019, p.395) aduz que a licitação consiste em um processo administrativo que visa assegurar a isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa bem como promover desenvolvimento nacional sustentável.

Ocorre que a necessidade de realização de certames periódicos, em certos casos, pode ir na contramão do interesse público, motivo pelo qual a prorrogação dos contratos vigentes pode se afigurar como medida que, no caso concreto, melhor atenda às necessidades coletivas.

Assim, o próprio legislador elencou casos que autorizam a prorrogação contratual, conforme os incisos do art. 57, 1º, da Lei 8.666/93, sendo inafastável, em qualquer hipótese, a justificativa por escrito e a prévia autorização da autoridade competente para celebrar o contrato (art. 57, 2º, da Lei 8.666/93135).

Entretanto, deve-se possuir cautela nas tratativas que impliquem prorrogações contratuais, sob pena de subverter a regra da licitação, fato que pode acarretar responsabilização dos agentes envolvidos na seara penal, administrativa e cível. Nesse ponto, ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência firme no sentido da presunção do prejuízo para fins de configuração de ato de improbidade administrativa nos casos de dispensa indevida de licitação, tendo em vista a impossibilidade de contratação da melhor proposta, conforme decidido no AgRg no REsp 1.499.706/SP.

Diante disso, o presente artigo tem por escopo analisar a legislação de regência e compilar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que fornecem as balizas e requisitos gerais autorizadores das prorrogações de contratos administrativos.

## **2.DURAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

O art. 57, §3º, da Lei 8.666/93136 veda a celebração de contratos administrativos com prazo de vigência indeterminado, regra que oferecer igualdade de oportunidades entre potenciais licitantes e ampliar o caráter competitivo entre potenciais licitantes.

Com efeito, subsiste tradicional divisão entre contratos com prazo certo e contratos por escopo. Nos primeiros, o termo final da avença possui o condão de extinguir o pacto celebrado. Por sua vez, nos segundos, o ajuste deve ser cumprido independentemente do prazo. Em relação aos contratos de escopo, Rafael Oliveira (2018, p.279) destaca:

---

134 Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

135 Art. 57, § 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

136 Art. 57, §3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

Isto não quer dizer que o tempo não é importante nessas espécies de contrato. Em verdade, o prazo contratual será fundamental para constatações de eventual mora no cumprimento da obrigação contratual. Ultrapassado o prazo avençado, o contratado continua obrigado a cumprir suas obrigações, acrescentada dos ônus do atraso.

Independentemente da existência de prazo certo ou nos casos de contratos por escopo, é certo a existência de limitação temporal. Nesse sentido, o art. 57 da Lei 8666/93<sup>137</sup> estabelece que os pactos devem ficar restritos à vigência dos créditos orçamentários.

Tal previsão decorre da exigência constitucional que fixa a necessidade de previsão orçamentária, conforme art. 167, I e II da CF/88:

Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

Bandeira de Mello (2015, p.650) ressalta a existência de contratos que não comprometem o orçamento, notadamente as concessões de obra ou serviços públicos, razão pela qual não incide a regra da limitação da duração à disponibilidade de créditos orçamentários, tendo em vista particularidades como a necessidade de prazo alongado para amortização do capital investido.

Em caráter excepcional, o art. 57 da Lei 8666/93 dispõe sobre hipóteses de contratos com prazo que ultrapassem a vigência do orçamento, permanecendo a necessidade de justificativa por escrito e previa autorização pela autoridade competente para celebrar o contrato.

Nessa esteira, o inciso I do art. 57 dispõe sobre contratos referentes à projetos previstos no Plano Plurianual, tendo em vista a necessidade de planejamento estratégico do governo de longo prazo.

O inciso II trata dos serviços contínuos, sendo possível a prorrogação por iguais e sucessivos períodos, visando a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, desde que respeitado o limite de sessenta meses. A justificativa da previsão legal reside na necessidade permanente do serviço, uma vez que a realização de contratações anuais pode consubstanciar medida incompatível com o princípio da economicidade.

Por sua vez, os incisos III e IV elencam, respectivamente, os contratos relativos aos alugueis de equipamentos e utilização de programas de informática, caso em que a

---

<sup>137</sup> Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...]

duração pode atingir o prazo de 48 meses, e as contratações diretas previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII, XXXI do art. 24 da Lei 8666/93138.

### 3. PRORROGAÇÃO CONTRATUAL

Inicialmente, sustenta-se que a prorrogação contratual deve ser implementada no transcurso do prazo de vigência do ajuste, devendo ser rechaçada a tentativa de prorrogar contrato extinto, sob risco de burlar a regra da licitação entabulada no art. 37, XXI, da CF/88.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União assevera que a retomada de contrato com prazo de vigência expirado configura recontração sem licitação, afrontando normas de cariz constitucional e infraconstitucional, conforme se extrai do Acórdão 1.936/14:

(...) Observa-se que, apesar do Contrato 001/1999 não estar anulado, as obras não poderão ser executadas por meio do referido instrumento, tendo em vista a expiração da vigência contratual, sob pena de se configurar recontração sem licitação, o que infringe a Lei 8.666/1993, art. 2º e 3º, e a Constituição Federal/88, art. 37, inciso XXI (...) (Acórdão 1.936/14, Plenário, Rel. Min. Benjamim Zymler, DOU 23.07.2014, Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n.207)

Além disso, é necessário a consensualidade dos contratantes, de modo que a presença da vantajosidade ao Poder Público não é justificativa idônea a impor ao contratante a obrigatoriedade de prorrogar a vigência da avença, não constando a referida hipótese no rol de cláusulas exorbitantes (art. 58 da Lei 8.666/93139).

Avançando no assunto, exige-se atenção aos incisos elencados art. 57, §1º, da Lei 8.666/93 que estabelecem hipóteses nas quais a prorrogação pode ser implementada, notadamente em casos nos quais não envolvam culpa do contratado ou caracterizem evento extraordinário estranho à vontade das partes:

---

138 Art. 24, IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional; [...] XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; [...] XXVIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão; [...] XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

139 Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Art. 57, § 1º: Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

Rafael Oliveira (2018, p.285) leciona que as previsões contidas no art. 57, 1º, da Lei 8.666/93 prescindem de menção expressa no instrumento convocatório, porquanto o legislador as positivou com a finalidade de mitigar danos oriundos de causas alheias à vontade do contratado que obstam o regular cumprimento das obrigações contratuais.

Estabelecendo balizas gerais sobre o tema, o Tribunal de Contas da União<sup>140</sup> elencou os seguintes pressupostos mínimos à prorrogação contratual, a saber: previsão no edital e no contrato; objeto e escopo do contrato inalterados pela prorrogação; interesse da Administração e do contratado declarados expressamente; vantajosidade da prorrogação devidamente justificada nos autos do processo administrativo; manutenção das condições de habilitação pelo contratado; preço contratado compatível com o mercado fornecedor do objeto contratado.

Sobre a manifestação de interesse da Administração e do contratado, infere-se a necessária consensualidade na implementação da cláusula autorizativa, conforme mencionado anteriormente, afastando-se a possibilidade de prorrogação por ato unilateral do Poder Público.

Quanto a vantajosidade da prorrogação, justificada nos autos do processo administrativo, e a compatibilidade do preço contratado com o mercado fornecedor,

---

<sup>140</sup> TCU. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. 4.ed.Brasília.2010.p.765-766



depreende-se que o critério econômico não deve ser analisado isoladamente, sendo necessário o cotejo do menor dispêndio de recursos públicos com aspectos qualitativos inerentes ao objeto previsto no contrato.

Exige-se, ainda, a manutenção das condições de habilitação pelo contratado, consistindo em cláusula necessária dos contratos que, como consequência do art. 55, XIII, da Lei 8.666/93141, devem ser mantidas durante todo o período de vigência do pacto.

O requisito que suscita maiores divergências consiste na necessidade de previsão edital de licitação bem como no respectivo contrato. A exigência de cláusula expressa pela Corte de Contas revela-se mecanismo que prima pelo princípio da isonomia, publicidade e vinculação ao instrumento convocatório, posto que confere aos eventuais interessados a ciência da possibilidade de prorrogação.

Além disso, a referida previsão pode interferir na análise dos particulares quanto à vantajosidade em participar do certame licitatório. Nesse sentido, Ronny Charles Lopes de Torres (2017, pág. 628) leciona:

(...) deve também restar caracterizada a previsão contratual, sob pena de que tal prorrogação signifique quebra de isonomia com relação aos concorrentes preteridos no anterior certame, os quais, não tendo conhecimento da possibilidade contratual de prorrogação, talvez tivessem deixado de ofertar melhores propostas.

Deve-se mencionar que, ainda que a possibilidade de prorrogação esteja prevista tão somente no contrato administrativo, entende-se não haver óbice ao intento das partes, porquanto a minuta do contrato integra o edital da licitação, conforme previsto no art. 40, §2º, III, da Lei 8.666/93142.

Carvalho Filho (2013, p.206), por sua vez, destaca a inexistência de previsão legal que estabeleça a necessidade de cláusula de prorrogação, sendo imperiosa a observância dos casos estabelecidos na legislação:

Deve-se assinalar, por fim, que a lei não exigiu que fosse prevista a cláusula de prorrogação nos contratos. Mesmo se houver previsão, todavia, as partes não podem negociar a prorrogação fora dos casos relacionados na lei. Somente se ocorrer um dos fatos geradores é que será legítimo prorrogar os prazos de início, de etapas de execução, de conclusão e de entrega do objeto ajustado.

---

141 Art. 55, XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

142 Art. 40, § 2o Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: [...] III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

Em vertente contrária ao entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União, Thiago Guedes Alexandre<sup>143</sup> dispõe que a ausência de previsão expressa que autorize a prorrogação não afronta a isonomia ou publicidade do certame, posto que a referida possibilidade decorre diretamente da lei:

[...] afasta-se o argumento de que sua ausência poderia significar quebra de isonomia ou de publicidade, pois, decorrendo diretamente da lei, não se pode dizer que os participantes do certame licitatório desconhecem dessa possibilidade, conforme princípio básico insculpido no art. 3º da Lei de Introdução ao Direito.

[...] Frise-se ainda que a prorrogação pode se revelar muito mais vantajoso ao interesse público do que a realização de um novo procedimento licitatório, o que certamente deve ser considerado para possibilitá-la em detrimento de um mero requisito formal, ou seja, sua previsão expressa no edital e/ou contrato.

Não obstante as posições conflitantes, entende-se que a previsão expressa no edital de licitação e no respectivo contrato afigura-se como medida que melhor se coaduna com a segurança jurídica, visando evitar entraves nas Cortes de Contas ou impugnações por terceiros interessados.

#### **4. ANÁLISE DISCRICIONÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Ante a controvérsia sobre a necessidade de cláusula expressa, a previsão contratual que autorize a prorrogação da avença pode suscitar dúvidas quanto a existência de direito subjetivo do contratado ou discricionariedade da Administração Pública, tendo em vista a suposta incidência do princípio da proteção da confiança, razão pela qual o Judiciário já foi instado a tratar sobre o tema.

Analisando o assunto, Carvalho Filho (2013, p.216) leciona que “*a decisão administrativa para prorrogação do contrato espelha atividade discricionária e, como tal, não assegura ao contratado o direito subjetivo à manutenção do ajuste*”.

Com efeito, a prorrogação dos contratos administrativos perpassa por uma necessária análise quanto aos requisitos de conveniência e oportunidade. Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

**APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADA. PRORROGAÇÃO DE CONTRATO. CARÁTER EXCEPCIONAL. FACULDADE DA ADMINISTRAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO INEXISTENTE. ATAS DE REGISTRO DE PREÇOS. ADESÃO. MOTIVAÇÃO PRESENTE. BENEFÍCIOS E VANTAGENS. POSSIBILIDADE. PROPOSTA POSTERIOR. DESCABIDA.**

---

<sup>143</sup> Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52500/e-possivel-a-prorrogacao-de-contrato-administrativo-sem-previsao-expressa-no-edital-ou-no-proprio-contrato-nesse-sentido>> Acesso em: 02 nov. 2020

DIREITO DE PREFERÊNCIA. INEXISTENTE. SENTENÇA MANTIDA.

1. O artigo 330, inciso I, do CPC/73, possibilita a prolação de sentença, em julgamento antecipado da lide, quando a questão de mérito for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produção de prova em audiência, sendo descabida prévia análise da prova pleiteada via decisão interlocutória exclusiva a tal fim.

2. Desnecessária a juntada adicional da íntegra das atas de registro de preços aderidas e dos processos administrativos quando os documentos constantes do feito já fornecem subsídios suficientes para a resolução da lide.

3. Havendo nas contestações argumentos aptos a refutar as alegações contidas na inicial, não se vislumbra revelia substancial hábil a acarretar a pena de presunção relativa de veracidade.

4. **Tratando-se de contrato administrativo, tem-se que, após o término do prazo estabelecido, ocorre, como regra, a extinção natural do pacto, não havendo, assim, vinculação ou obrigação do Poder Público em manter a contratação.**

5. **A Lei de Licitações prevê, em seu artigo 57, a excepcional possibilidade de prorrogação dos contratos administrativos, com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas, encontrando-se tal decisão dentro do juízo de discricionariedade da Administração Pública, não constituindo direito subjetivo ao contratante.**

6. Não há que se falar em nulidade de contratos administrativos firmados após adesão a atas de registro de preços, quando constatada a ocorrência de benefícios à Administração Pública, conforme autorizado pelo artigo 15, inciso II, da Lei n.º 8666/93, regulamentado pelo Decreto n.º 7.892/2013 e, no âmbito do Distrito Federal, pelo Decreto n.º 34.509/2013.

7. Descabida a apresentação de proposta, por simples correspondência, sem amparo em qualquer procedimento regular licitatório de contratação com o Poder Público, após assinatura de termo aditivo onde constou a prorrogação expressa do pacto até as instalações de links e substituição do contrato e depois de tomar conhecimento dos valores e condições pactuadas com outra contratante, por violar os princípios licitatórios.

8. A preferência prevista nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar n.º 123/2006, em relação às microempresas e empresas de pequeno porte, refere-se apenas aos critérios de desempate em procedimento licitatório.

9. Recurso conhecido e não provido. Preliminar rejeitada. (Acórdão 948937, 20140111989933APC, Relator: ANA CANTARINO, 3ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 8/6/2016, publicado no DJE: 22/6/2016. Pág.: 228/238)

Tal posicionamento possui amparo na jurisprudência do STF, consoante posição manifestado no bojo do RMS 34.203/DF:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Contrato de concessão de usina hidrelétrica. **Prorrogação contratual. Cláusula de natureza discricionária.** Ausência de direito líquido e certo. Denegação da segurança pelo STJ. Manutenção da decisão recorrida. Recurso ordinário não provido. 1. O contrato administrativo se encerra no prazo nele definido, salvo a realização de ajuste, ao final do termo, pela prorrogação contratual, se atendidas as exigências legais para tanto e se presente o interesse público na permanência do contrato. Nesse passo, é incongruente com a natureza da prorrogação contratual a ideia de sua formalização em momento antecedente ao término do contrato, como também é incongruente com sua natureza a garantia indissolúvel de sua realização já no instrumento contratual. 2. **A discricionariedade da prorrogação é uma das marcas mais acentuadas do contrato administrativo** e, assim, está, inclusive, prevista nas sucessivas legislações relativas às concessões de energia elétrica (leis nº 9.074/95 e nº 12.783/13) e também no termo cujas cláusulas se questiona nos autos. 3. Recurso Ordinário não provido. (RMS 34203, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 19-03-2018 PUBLIC 20-03-2018)

Com efeito, prevalece a discricionariedade da Administração Pública, porquanto a adoção de entendimento diverso implicaria subverter a noção de supremacia do interesse público, tornando a cláusula de prorrogação contratual verdadeira prerrogativa do particular contratado em detrimento das reais necessidades da Administração Pública.

Nessa esteira, entende-se inaplicável o princípio da confiança legítima em favor do contratado ante a ausência dos seus requisitos caracterizadores. O referido princípio, corolário da segurança jurídica, consubstancia instrumento de proteção do administrado em face de atuações arbitrárias do Estado.

Dentre os limites para aplicação do princípio da confiança, Rafael Oliveira (2019, p.59) aponta requisitos cumulativos, quais sejam, a ausência de má-fé do administrado e a existência de expectativa qualificada.

Assim, ainda que imbuído de boa-fé, carece ao particular contratado a legítima expectativa em ter o contrato prorrogado, competindo à Administração Pública avaliar a vantajosidade para a consecução do interesse público.

## 5.CONCLUSÕES

O presente trabalho tem a finalidade de analisar aspectos gerais sobre a prorrogação dos contratos administrativos, notadamente as hipóteses previstas na legislação bem como os requisitos mencionados em sede doutrinária e jurisprudencial.

Assim, conclui-se pela possibilidade de prorrogação contratual se atendidos os requisitos acima expostos, notadamente a motivação da Administração Pública quanto à vantajosidade da medida, a compatibilidade dos valores com o mercado fornecedor, bem como a manutenção das condições de habilitação pelo contratado.

Ademais, é recomendável que a referida possibilidade conste expressamente no edital de licitação e no respectivo contrato, sendo imperioso que a prorrogação ocorra na vigência contratual, após análise da Administração quanto à conveniência e oportunidade da medida e expresse consentimento do contratado.

## 6.REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Thiago Guedes. **É possível a prorrogação de contrato administrativo sem previsão expressa no edital ou no próprio contrato nesse sentido?** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 02 nov. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52500/e-possivel-a-prorrogacao-de-contrato-administrativo-sem-previsao-expressa-no-edital-ou-no-proprio-contrato-nesse-sentido>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 10 nov 2020

BRASIL. **Lei 8666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em 10 nov 2020

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.936/14, Informativo de Jurisprudência Sobre Licitações e Contratos do Tcu N.207**. Relator: Min. Benjamim Zymle. Brasília, DF, 23 de julho de 2014. **DOU**. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1.936%252F2014/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/15/%2520?uuid=9f2b15c0-2750-11eb-8593-695c2d13e719>> Acesso em 15 nov. 2020

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Acórdão nº 948937.20140111989933APC**. Relator: ANA CANTARINO. Julgado em 08/06/2016. DJE : 22/06/2016. Brasília. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=948937](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=948937)> Acesso em 15 nov. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Resp nº 1.499.706/SP**. Relator: Min. Gurgel de Faria. Brasília, DF, DJe 14/03/2017. Disponível: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP)

%27.clas.+e+@num=%271499706%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271499706%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja> Acesso em 15 nov. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 34203**, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21/11/2017. Dje 20-03-2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur382183/false>> Acesso em 15 nov. 2020

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26 ed., rev.ampl. e atual. São Paulo, SP: Atlas, 2013

DE TORRES, Ronny Charles Lopes. *Leis de Licitações Públicas comentadas*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editora Ltda, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 7ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo: MÉTODO, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: teoria e prática**. 7. ed., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

TCU. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4.ed.Brasília.2010.p.765-766

## POSSÍVEIS REPERCUSSÕES DA DECISÃO DO STF NO RE 784.439 PARA OS CONTRIBUINTES DO ISS

### ISRAEL ALMEIDA DE CESARE MAIA:

Advogado devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Bahia, sob nº 32.856. Pós-graduação em Direito Tributário pela Faculdade Baiana de Direito. Sócio do escritório Leão & Cesare Advogados.

A expressão em língua portuguesa “carta branca” surgiu do francês “carte blanche” e teve origem bélica. O comandante da tropa vencida assinava uma folha em branco e entregava ao inimigo vencedor para que este estipulasse os termos de rendição. Uma espécie de procuração que outorgava plenos poderes a outrem para executar em nome alheio o que bem entender.

Em decisão plenária de 29 de junho de 2020, o Supremo Tribunal Federal fixou tese, por maioria, no sentido de que *"é taxativa a lista de serviços sujeitos ao ISS a que se refere o art. 156, III, da Constituição Federal, admitindo-se, contudo, a incidência do tributo sobre as atividades inerentes aos serviços elencados em lei em razão da interpretação extensiva"*. Tese esta formada pelo voto da Ministra Relatora Rosa Weber, acompanhada pela maioria dos ministros, divergindo da tese os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Melo, Ricardo Lewandowski e divergindo completamente o Ministro Marco Aurélio.

A decisão do RE 784.439, de tema nº 296 com repercussão geral conhecida, negou provimento ao recurso extraordinário de contribuinte, após decisões de 1º e 2º grau desfavoráveis ao seu pleito e que reconheceram a legalidade da cobrança pelo ente público municipal do ISS sobre atividades não previstas literalmente na lista de serviços da Lei Complementar nº 116/2003, pois com aplicação da interpretação extensiva seriam consideradas inerentes às atividades descritas ou serviços congêneres.

Ainda de acordo com o voto da Ministra Relatora Rosa Weber, embora a Lei Complementar nº 116/2003 preveja a taxatividade da lista de serviços sujeitos ao ISS, não se poderia fazer uma interpretação literal das atividades realizadas, pois não seria a nomenclatura do serviço que o definiria como tributável e sim a atividade em si realizada e os seus efeitos jurídicos.

Cediço que o Imposto sobre serviços de qualquer natureza, ISSQN ou ISS, é um imposto de competência privativa municipal, ou seja, a Constituição Federal outorgou aos Municípios e ao Distrito Federal competência para instituí-lo através de lei ordinária<sup>144</sup>, nos ditames do art. 156, III da Constituição Federal<sup>145</sup>. Todavia, o ISS está submetido à norma de caráter geral, mais precisamente a lei complementar editada pelo Congresso Nacional que definirá os serviços tributáveis pelo imposto.

Apesar da Constituição Federal estabelecer que caberá a Lei complementar editada pelo congresso nacional definir os serviços tributáveis, tal previsão não viola o

144 AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. Editora Saraiva. 15ª ed., 2009. p. 99.

145 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

princípio da indelegabilidade tributária previsto no Art. 7º do Código Tributário Nacional<sup>146</sup>, pois segundo Luciano Amaro<sup>147</sup>, a competência tributária outorgada pela constituição permite ao ente competente não exercê-la ou exercê-la parcialmente, mas não permite transferi-la ou delegá-la.

A norma prevê “prestar serviço” como a hipótese de incidência do tributo, que paira num plano abstrato e possui um mandamento eivado de tributabilidade, possuindo como aspecto material a realização do serviço descrito em lista anexa à lei, como aspecto temporal o momento de sua prestação e o aspecto pessoal o prestador desse serviço como contribuinte/sujeito passivo do tributo. Seguindo com a lição do Professor Paulo de Barros Carvalho:

[...] diremos que houve a subsunção, quando o fato (fato jurídico tributário constituído pela linguagem prescrita pelo direito positivo) guardar absoluta identidade com o desenho normativo da hipótese (hipótese tributária). Ao ganhar concretude o fato, instala-se, automática e infalivelmente, como diz Alfredo Augusto Becker, o laço abstrato pelo qual o sujeito ativo torna-se titular do direito subjetivo público de exigir a prestação, ao passo que o sujeito passivo ficará na contingência de cumpri-la<sup>148</sup>.

Embora preveja que o serviço prestado, para ser objeto de tributação não precisa ser necessariamente a atividade principal ou do cotidiano do sujeito passivo, por óbvio que esta atividade deve ser praticada por este sujeito passivo específico para que seja este denominado contribuinte e deve estar descrita na lista de serviços estabelecida pela Lei Complementar nº 116/2003.

A Constituição Federal de 1988 estabelece as bases de um Estado Democrático de Direito. Através desta norma rígida, analítica e dogmática que rege o Estado de Direito, há previsão de direitos e deveres dos seus cidadãos, bem como confere competências e limita poderes dos entes públicos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A partir da premissa de uma cláusula pétrea do Estado Democrático de Direito, tem-se o princípio da legalidade como pilar reconhecido no Art. 5º, II da lei Constituição Federal de 1988, ao dispor que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

No âmbito do Direito Tributário, o princípio da legalidade se faz presente na Constituição Federal de 1988 ao conferir aos entes públicos a competência para criar e cobrar tributos mediante lei, com o dever de obedecer aos princípios constitucionais, verdadeiros limites ao poder de tributar. Dessa forma, a União, Estados, Municípios e Distrito Federal não poderão cobrar tributo sem que haja lei que o instituiu, em contrariedade a lei que o instituiu e em contrariedade aos princípios e previsões constitucionais.

146 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm)

147 AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. Editora Saraiva. 15ª ed., 2009. p. 100.

148 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. Editora Saraiva. 30ª ed., 2019. p. 286.



Ato contínuo, a Constituição Federal de 1988 além de premiar o princípio da legalidade como corolário do Estado Democrático de Direito, impõe também em âmbito do Direito Tributário, a obrigatoriedade do legislador, ao instituir um tributo, estabelecer todos os aspectos e/ou critérios da hipótese de incidência da norma, promovendo em seu Art. 150, inciso I, o princípio da legalidade estrita ou estrita legalidade tributária, ao prever que somente mediante lei o ente público poderá exigir ou aumentar tributo.

Por sua vez, Amaro (2009, p. 112) expõe que o princípio da legalidade não apenas autoriza o legislador a criar e cobrar determinado tributo, mas é necessário que ela defina abstratamente todos os aspectos relevantes para que, concretamente, se determine quem pagará, quanto, a quem, em razão de que fato ou circunstância.

Portanto a norma tributária deve seguir as premissas constitucionais e obedecer aos limites constitucionais, em especial ao princípio da legalidade e legalidade estrita tributária, que tanto obrigará o legislador a dispor na norma todos os aspectos e/ou critérios na hipótese de incidência, como para impedir o ente público de impor obrigação não prevista na norma ou obrigação não devida por determinada pessoa.

No âmbito do Direito Processual, os fundamentos determinantes da decisão do STF, *ratio decidendi*, poderão prevalecer sobre outros temas, caso existam pontos necessários e suficientes para decidir o caso, de forma que a aplicação da norma e sua interpretação aos casos devem ocorrer de forma semelhante.

Sobre a *ratio decidendi* ensina o Professor Luiz Guilherme Marinoni que:

[...] constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz. Em uma linguagem própria à tradição romano-canônica, poderíamos dizer que a *ratio decidendi* deve ser formulada por abstrações realizadas a partir da justificação da decisão judicial.<sup>149</sup>

Dessa forma, cediço que para julgar uma causa com base em um precedente judicial não é necessário que as causas sejam idênticas, mas sim que possuam elementos semelhantes e a fundamentação de ambas parta de um mesmo raciocínio lógico adequado, a *ratio decidendi*.

Ressalta o Professor Fredie Didier Jr. sobre o efeito vinculante da *ratio decidendi*:

Mas é preciso que a mesma *ratio decidendi* tenha sido adotada pelos membros do colegiado. Assim, “o efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado” (enunciado nº 317 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis). Por isso, a *contrario sensu*, “os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não

---

149 MARINONI, Luiz Guilherme; et. al.. Novo código de processo civil comentado. 1.ed. São Paulo: RT, 2015.

possuem efeito precedente vinculante” (enunciado nº 319 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis) – nesse caso, são, também, *obiter dicta*.<sup>150</sup>

Dessa forma, sob o prisma processual, não restam dúvidas que a decisão do STF é um (perigoso) precedente judicial, posto que os fundamentos determinantes para a aquela decisão poderão possuir pontos necessários e suficientes semelhantes para a conclusão de outros temas que venham a surgir e assim a suprema corte poderá adotar interpretação extensiva como a utilizada no julgamento do RE 784.439.

Sendo assim, estabelecidas as premissas materiais e processuais acima acerca do ISS, princípios constitucionais limitadores ao poder de tributar e do precedente judicial formado, indubitável concluir que a decisão do STF com fixação de tese acerca do tema vai de encontro ao princípio constitucional da estrita legalidade tributária e traz grande insegurança jurídica às relações jurídico-tributárias e principalmente ao contribuinte.

A aplicação de interpretação extensiva à lista de serviços que previamente deve ser taxativa, conforme estabelecido na segunda parte do inciso, I do Art. 156 da Constituição Federal de 1988, permite ao ente público municipal abrir um leque de possibilidades para tributar o contribuinte sobre os serviços prestados e não previstos em lei, sob a alcunha de serem “inerentes aos serviços”, “acessórios” ou “congêneres”.

Em outra hipótese que não a taxatividade constitucional da lista de serviços objeto do ISS, poderia até se discutir a possibilidade de estabelecer parâmetros para aplicação de uma interpretação extensiva, todavia de forma a jamais majorar tributo ou muito menos legitimar uma nova obrigação tributária, em atenção aos princípios constitucionais da legalidade e anterioridade. Caso contrário, em tempos de pandemia, com a provável queda na arrecadação dos entes públicos, representaria uma verdadeira carta branca aos municípios em relação aos contribuintes.

---

150 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v.2. P.468.

## O PAPEL DA FAMÍLIA E DO ESTADO DIANTE DO FENÔMENO JURÍDICO “ABANDONO AFETIVO INVERSO”

ANDRESSA OLIVEIRA DOS SANTOS MARTINS:  
Bacharelada em Direito pelo Centro Luterano de  
Manaus .

**RESUMO:** O crescimento acentuado da expectativa de vida dos brasileiros tornou atual e relevante o estudo sobre o tema abandono afetivo. O artigo presente tem como base o entendimento sobre uma variação do abandono afetivo, o que a doutrina chama de abandono afetivo inverso, que se caracteriza de forma geral pelo abandono do idoso por seus descendentes. Embora hodierno e significativo, é quase nula a presença de estudos, leis e ações que visem inibir o desamparo de idosos. Logo torna-se relevante para a sociedade a reflexão sobre os princípios que regem estas relações e sobre os direitos inerentes a estas pessoas.

**Palavras-Chave:** Abandono. Idoso. Direitos.

**ABSTRACT:** The sharp growth in life expectancy of Brazilians made the study on the topic of emotional abandonment current and relevant. The present article is based on the understanding of a variation in affective abandonment, what the doctrine calls reverse affective abandonment, which is generally characterized by the abandonment of the elderly by their descendants. Although modern and significant, the presence of studies, laws and actions that aim to inhibit the helplessness of the elderly is almost null. Soon it becomes relevant for society to reflect on the principles that govern these relationships and on the rights inherent to these people.

**Keywords:** Abandonment. Elderly. Rights.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. O Idoso e o Abandono – 3. Relação Familiar: 3.1 Princípios do direito de família: 3.1.1 Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana; 3.1.2 Princípio da solidariedade; 3.1.3 Princípio da afetividade – 4. Proteção do Estado – 5. Projetos de lei acerca do abandono afetivo inverso – 6. O desamparo na pandemia – 7. Considerações finais.

### 1.INTRODUÇÃO

A relação familiar tem sido a base da sociedade. É evidente que hoje há novas formas de se relacionar e configurar-se em família, porém, mesmo com todas as inovações, o afeto, o cuidado, a convivência, ainda são primordiais e protegidos por lei para aqueles em situações de vulnerabilidade.

Vale ressaltar o que bem exemplificou Flávio Tartuce (2016, p.25) “... o afeto equivale à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas”. Portanto o centro do debate sobre este tema, vai além da exigência de se amar seus genitores, uma vez que não há como exigir ou obrigar o amor. Abordaremos então o dever de cuidar, de zelar, de prover, de amparar, de planejar uma velhice digna para todos. Há diversas disposições legais que versam sobre a proteção do idoso, leis que serão examinadas.

Ademais a responsabilidade recíproca da família vem expressa na nossa Constituição em seu artigo 229 que estabelece que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Especificamente sobre este comportamento observaremos que há uma necessidade de renovação das leis, buscando o aperfeiçoamento destas. Para o entendimento deste tema foram realizadas pesquisas bibliográficas, como intuito de se levantar o maior material possível a fim de elucidar e esclarecer a questão: Qual o papel da família e do estado diante deste fenômeno jurídico?

## **2. O IDOSO E O ABANDONO**

O Estatuto do Idoso - Lei 10.471 de 2003 em seu 1º artigo define a quem a legislação protegerá como idoso: as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Com a realidade do crescimento da população idosa no Brasil, algumas condutas moralmente reprováveis tornam-se mais evidentes, uma delas o abandono afetivo, que nos casos em que o prejudicado é um idoso, acrescenta-se ao nome o termo inverso uma vez que nestes casos os polos de responsabilidade são invertidos, não mais os pais responsáveis pelos filhos e sim os filhos pelos pais.

O desembargador Jones Figueiredo Alves, conceituou abandono afetivo inverso como:

“ A inação do afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva” (IBDFAM/2013).

Observa-se em todos os lugares e em todas as classes o desrespeito e a falta de amparo dos mais novos com os mais velhos.

O abandono afetivo produz um dano imaterial que tem relação ao psicológico e emocional do idosos, sendo difícil medir o grau de sofrimento causado. Estejam estes abandonados em asilos, sozinhos em suas casas ou em muitas vezes quando assistidos por um filho ou cuidador, vistos como um fardo e não como sujeitos de direito, ou sequer como um ser carente de afeto. A sobrevivência ainda cresce, porém com qualidade de vida muito abaixo do digno para pessoas que somaram tanto, seja como pais, avós, seja como profissionais, seja como cidadãos.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 230 que: A família, a sociedade e Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Portanto é garantia constitucional que todos possuem papel fundamental na proteção do idoso e que é dever dos mesmos garantir uma vida digna para estes. Sobre isso Natalia Carolina Verdi diz que:

Quando a legislação fala em proteção integral faz referência sim às necessidades materiais e econômicas de um idoso que precisam ser amparadas, mas igualmente abrange a assistência afetiva e psicológica que devem lhe ser prestada. E é aí que, incontáveis vezes, a conta não fecha” (Verdi, 2019).

É importante que se entenda que além de medicamentos, comida, assistência médica o ser humano necessita do sentimento de pertencer, de ser necessário. Porém diversas realidades vividas pelos idosos no Brasil diferem do ideal para uma velhice digna.

### **3. RELAÇÃO FAMILIAR**

O artigo 3º do Estatuto do Idoso prevê que:

Art. 3º - É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta propriedade, a efetivação do direito, à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Filhos ou netos com condições financeiras que enviam os idosos para asilos ou casas de repouso e entendem que sua única obrigação é meramente financeira ou meramente o bem-estar físico, sem qualquer convivência em família, sem oportunidade de viver entre amigos, que a história que o idoso escreveu o proporcionou. Casos de idosos que vivem sozinhos, a sua própria mercê, que são esquecidos, pois os filhos não conseguem conviver com suas limitações. Ou quando apenas um familiar assume essa responsabilidade e os outros fogem, garantindo apenas quem sabe um pequeno auxílio financeiro, acreditando assim que isso é o bastante (isso nos faz remeter ao abandono de filhos menores pelos seus genitores, o estrago psicológico e emocional não difere do dano causado as crianças). Sobre isso Natalia Carolina Verdi diz:

[...] Independentemente de qual seja a condição do idoso, há um irretocável abandono afetivo sofrido por ele, já que, como dito, afeto não se vende e ainda que vendesse não se saberia em muitos casos onde o “fornecedor” poderia ser encontrado para suprir a “demanda” (Verdi, 2019).

Um aspecto que tem papel fundamental para um bom envelhecimento é um ambiente familiar saudável, um ambiente com interação, onde o idoso se torna participativo, com afeto, e livre de qualquer exclusão, produz um idoso com estabilidade emocional, o que reflete inclusive em sua saúde física. Buscar uma vida social além da família também possui sua importância, porém possuímos o vício de culpar ou responsabilizar outros pelo nosso erro ou omissão, entretanto precisamos educar-nos de modo que possamos entender que cuidar do idosos hoje é cuidar do nosso futuro.

A família mais do que uma obrigação possui um dever moral de amparo e quando esta se omite deste dever, todo um sistema padece. Dito isto é importante mencionarmos alguns princípios do direito de família que reforçam o papel da família em um envelhecer saudável.

### **3.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA**

#### **3.1.1 Princípio de proteção da dignidade da pessoa humana**

A Constituição em seu 1º, inciso III declara como um dos fundamentos da nossa República a dignidade da pessoa humana. Este é o princípio máximo da nossa constituição segundo este princípio a pessoa humana é o centro das relações, estabelece o homem como pessoa de direito e merecedor de todo respeito e valorização colocando o direito patrimonial em segundo plano. Sua importância para a relação familiar se dá pelo fato de que a família tem um valor para estruturação e para o desenvolvimento de uma pessoa, o que promove dignidade para seus membros.

#### **3.1.2 Princípio da solidariedade**

O artigo 229 da Constituição Federal declara que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores; e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Esta solidariedade expressa na lei, nos mostra que ambos os polos desta relação familiar são responsáveis reciprocamente pelo amparo, auxílio e cuidado entre si.

#### **3.1.3 Princípio da afetividade**

Embora não haja previsão legal deste termo, este princípio deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, destacando que o afeto nas relações familiares tem valor jurídico, e a qualidade dos vínculos existentes nas relações familiares deve ser considerada. Percebe-se que a função meramente econômica já não faz sentido no contexto da sociedade atual. Neste aspecto Cleber Affonso Angeluci destaca:

A defesa da relevância do afeto, do valor do amor, torna-se, muito importante não somente para a vida social. Mas a compreensão desse valor, nas relações de direito de família, leva à conclusão de que o envolvimento familiar não pode ser pautado e observado apenas do ponto de vista patrimonial-individualista. Há necessidade da ruptura dos paradigmas até então existentes, para se proclamar sob a égide jurídica, que o afeto representa elemento de relevo e deve ser considerado para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana” (ANGELUCI, 2005).

### **4. PROTEÇÃO DO ESTADO**

O estado ou Poder Público como corresponsável pelo bem-estar do idoso e por toda uma velhice saudável, também tem papel fundamental no combate ao abandono afetivo de idosos por suas famílias, seja de modo a punir quem assim proceder, seja de modo a tomar medidas que intimidem esta conduta, seja proporcionando aos seus idosos um meio de vida, que mesmo na falta da família encontre amparo efetivo no Estado.

No que tange responsabilizar pelo dano moral, de forma que o que pratica o abandono indenize o idoso, ainda não há decisão estabelecida pelo judiciário, verifica-se a atualidade da questão e por isso ainda é escasso de doutrina e parecer desta temática. Atualmente em

casos de crianças que sofreram abandono afetivo é possível a indenização, podendo assim estendermos essas decisões ao caso de abandono afetivo inverso, pois, além dos polos invertidos, não se difere tanto assim o abandono afetivo inverso do abandono afetivo tradicional e possuem o mesmo padrão jurídico axiológico. Portanto, pode-se aplicar para entendimento de jurisprudência favorável ao caso concreto, estas decisões.

Conforme o voto proferido pela Ministra Relatora Nancy Andrihgi em julgamento de Recurso Especial n. 1.159.242-SP:

[...] Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que foge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever [...].

Vale ressaltar que a ideia de indenização não busca valorar de forma pecuniária o dano sofrido pelo idoso, mas tem papel educativo principalmente.

No que diz respeito a dispositivos legais que punam o abandono afetivo inverso, ainda não há dispositivo específico sobre o tema o mais próximo disso ainda são projetos de lei. Apesar de que em forma de analogia possamos utilizar outros dispositivos para punir esta conduta o ideal seria que houvesse dispositivos específicos o que tornaria esta punição mais efetiva.

Porém a questão de pagamento por dano moral deve ser bem estudada, uma vez que já restando em regra não muito tempo de vida aos idosos, situações como esta, poderiam apenas afastar as famílias, criando barreiras em relacionamentos já estremecidos. Causando assim um desconforto ainda maior naqueles que necessitam do afeto. Aqui o dano moral cabe mais como um inibidor da conduta como uma verdadeira solução para o problema.

## **5. PROJETOS DE LEI ACERCA DO ABANDONO AFETIVO INVERSO**

Como já dito antes não há dispositivos hoje na lei específicos sobre abandono afetivo inverso o que deixa uma grande margem para que se pratique esta conduta sem receio de punição na esfera civil ou mesmo em esfera penal.

A pesquisa permitiu encontrarmos hoje tramitando Projetos de Lei como a PL3145/2015 com a autoria do Deputado Vicentinho Júnior, que pretende alterar o Código Civil de modo que possa acrescentar as causas de deserdação o abandono. Assim como a PL4562/2016 que propõe alteração ao art. 10 do Estatuto do Idoso, acrescentando a este mais

um parágrafo, que possibilitaria a indenização por dano moral em casos de abandono de idosos por seus familiares. Foi apensado a este, outras duas propostas semelhantes, a PL 6125/2016 e a PL 9446/2017.

Ainda que um início tímido do Poder Público de se posicionar sobre este relevante fenômeno, é um começo, para que o respeito aos idosos possa ser verdadeiramente estabelecido. E estes não sejam visto apenas como uma obrigação, mas como um ato de inteligência protegendo inclusive a posteridade do Brasil.

## **6. O DESAMPARO NA PANDEMIA**

Em 2020 uma surpresa desagradável chegou em todos os continentes, causando medo e insegurança. O COVID-19 chegou, e as informação que o mundo recebeu foi a de que os idosos estavam na categoria dos que mais seriam afetados pela pandemia. E de repente os olhos se voltaram para eles. Era o que todos achavam.

Porém em uma pesquisa rápida pela internet, surgem inúmeras histórias e reportagens, uma delas no Canadá, em um asilo 31 idosos foram abandonados à própria sorte, semanas depois foram encontrados mortos. E em vários outros países muitas mortes ocorreram em locais como estes. Aqui não buscamos desqualificar casas de apoio, asilos e locais semelhantes. Porém não resta dúvidas que estamos falhando com os mais velhos, seja como família, seja como Estado.

A antropóloga Mirian Goldenberg em entrevista à BBC News declarou sobre o tratamento aos idosos na pandemia: "Os velhos sempre foram vistos como um peso para a sociedade, ou seja, já experimentam o que chamo de 'morte simbólica'. O valor que se dá a essas pessoas mais velhas é quase nulo, socialmente e dentro de casa".

O que diríamos então sobre distanciamento social e o abandono? Nas palavras da Psicóloga Guiliana Chiapin " Evitar contato presencial não significa abandono, desamparo. Assim como com as crianças, é preciso explicar a eles o que se passa, quais os riscos e o porquê das mudanças de rotina no convívio, temporariamente. São infinitas formas de continuar cuidando".

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Dado o exposto, percebemos que embora na atual realidade pandêmica, e com as pessoas mais reclusas em casa com seus familiares, a importância de se falar em abandono afetivo de idosos é incontestável.

Como família, caberá a educação como base para a proteção da posteridade, entendendo assim o que é obrigação da família e respeitando o que diz a letra da lei. Com o termo obrigação vem a ideia de obrigar alguém a amar, cuidar, respeitar. Para que isso não seja visto desta forma deve-se buscar por relacionamentos sadios, entre estes. Há um ditado que diz " aquilo que se planta é o que se colherá" diversas vezes para entender uma relação de abandono, deveremos buscar no histórico desta família as motivações para certas atitudes, por isso o fenômeno jurídico hora discutido, é observado não apenas materialmente, vez que o que se discute é imaterial, o dano causado é indiscutivelmente mais psicológico do que patrimonial.



Por isso as penalizações pecuniárias para atos deste tipo, devem ser minuciosamente estudadas, uma vez que podem causar efeito reverso, trazendo ainda mais distanciamento entre a família e o idoso. E este é um dos motivos pelos quais os idosos não pleiteia seu direito de ser cuidado, uma vez que a ideia de atrapalhar, incomodar é o que mais se apresenta a eles. Em cada caso, deve ser observado o contexto em que este abandono aconteceu, se há como restaurar o convívio familiar. E principalmente como a família, juntamente com o Estado poderá adotar medidas preventivas, que serão mais eficazes do que apenas políticas que visam a sanção do ato de desamparo em si.

Como Estado deve-se criar leis específicas que abranjam o tema, sem deixar rastro para dúvidas ou lacunas, e dar mais celeridade ao processo de aprovação destas leis, uma vez que, há uma grande necessidade de políticas públicas que garantam uma vida digna ao idoso.

Aqui não se intentou findar o assunto abandono afetivo inverso e sim aflorar um entendimento de que tratar o Idoso como prioridade, cobrar respeito, cuidado e proteção, não é privilegiar o passado é cuidar do nosso futuro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

Abandono afetivo inverso pode gerar indenização. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**, 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 25 de mar. 2019.

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Abandono Afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana**. 2005. Disponível em :<<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1066/abandono-afetivo-consideracoesconstituicao-dignidade-pessoa-humana>> Acesso em: 13 de jun. 2019.

BARRUCHO, Luiz. **Pandemia de coronavirus evidencia ‘velhofobia’ no Brasil**. BBB News, 2020. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52425735> Acesso em 08 de NOV. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 3145/2015**. Disponível em:<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1805805>> Acesso em: 13 de jun. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 4562/2016**. Disponível em:<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2078277>> Acesso em: 13 de jun. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 6125/2016**. Disponível em:<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2111553>> Acesso em: 13 de jun. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 9446/2016**. Disponível em:<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167174>> Acesso em: 13 de jun. 2019.

CRAVEIRO, Rodrigo. **A Face mais cruel da pandemia abandono de idosos choca o mundo.** Estado de Minas, 2020. Disponível em < [https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/19/interna\\_internacional,1140146/a-face-mais-cruel-da-pandemia-abandono-de-idosos-choca-o-mundo.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/19/interna_internacional,1140146/a-face-mais-cruel-da-pandemia-abandono-de-idosos-choca-o-mundo.shtml)> Acesso em 10 de nov. 2020.

Integra do voto da Ministra Nancy Andrichi na condenação do pai por abandono de filha. **O Publicano.** 2012. Disponível em: < <https://opublicano.blogspot.com/2012/05/integra-do-voto-da-ministra-ministra.html>> Acesso em: 8 de jun. 2019.

OSÓRIO, Ticiano. **O distanciamento dos idosos deve ser físico, mas não social, durante a pandemia de coronavírus.** GZHSaúde,2020. Disponível em < <https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2020/03/o-distanciamento-dos-idosos-deve-ser-fisico-mas-nao-social-durante-a-pandemia-de-coronavirus-ck7xbmyyx05hp01oa4s3tk6tz.html>> Acesso em: 08 de nov.2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil V Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 11º edição, 2016.

VERDI, Natalia Carolina. **O preço do abandono afetivo dos idosos.** 2019.

Disponível em <<https://www.portaldoenvelhecimento.com.br/o-preco-do-abandono-afetivo-dos-idosos/>> Acesso em: 7 de jun. 2019.

## POSSIBILIDADE DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DOS MOTORISTAS DE UBER NO BRASIL

**ADEILSON CRUZ LOPES:**  
Bacharelado do Curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus.

ARMANDO DE SOUZA NEGRÃO

(orientador)

**RESUMO:** O Superior Tribunal de Justiça (STJ) do Brasil decidiu que um motorista de Uber de Minas Gerais, que inicialmente registrou a queixa, não é funcionário da empresa de carona, estabelecendo um precedente que provavelmente afetará casos semelhantes em tribunais inferiores do país. Atualmente, o Brasil é o segundo maior mercado da Uber, depois dos EUA, razão pela qual é necessária a pesquisa dos elementos jurídicos não autorizadores do vínculo empregatícios para maiores debates notadamente nas academias brasileira por se tratar de nova modalidade de trabalho com influência nos direitos sociais previsto na Constituição Federal. Neste prisma, a análise dos casos julgados pelos principais tribunais é medida necessária para a conclusão que a falta de subordinação em todas as suas espécies é o elemento central das fundamentações para negativa do vínculo empregatício.

**Palavras-Chave:** Uber. Brasil. Vínculo empregatício.

**ABSTRACT:** Brazil's Superior Court of Justice ruled that a Uber driver from the city of Minas Gerais, who initially filed a lawsuit, he is not a hitchhiker company employee, setting a precedent that is likely to affect similar cases in lower courts in the country. Nowadays Brazil is Uber's second largest Market after the USA, which is why it is necessary to research the non-authorizing legal elements of the employment relationship for greater debates, especially in Brazilian academies because it is a new type of work with influence on rights provided for in the Federal Constitution. In this approach, the analysis of the cases judged by the main courts is a necessary measure to conclude that the lack of subordination in all its species is the central element of the foundations for negative employment bond.

### I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se mostra importante pelo fato de existir grandes debates em todo o mundo sobre a Empresa UBER. O Uber, anteriormente UberCab, é uma empresa de tecnologia dos EUA que desenvolve e opera aplicativos móveis que colocam os usuários em contato com motoristas que prestam serviços de transporte.

Este trabalho fundamental para demonstrar as possibilidades de vínculos ou não pela jurisprudência brasileira. Com isso, o presente artigo tem a seguinte pergunta: **Por que o judiciário brasileiro não tem reconhecido o vínculo empregatício de motoristas de aplicativo de Uber no Brasil?**

Neste esteio, o primeiro capítulo discorreu sobre os elementos essenciais do vínculo empregatício e as regras da lei brasileira.

Já no segundo capítulo foi tratado sobre os tipos de subordinação e seus efeitos para a configuração do vínculo empregatícios.

Por fim, no terceiro capítulo foi abordado o reconhecimento de vínculo empregatício na jurisprudência dos tribunais superiores acerca dos prestadores de serviços no Brasil através de aplicativos de Transporte.

O presente trabalho consiste em pesquisa científica bibliográfica de método hipotético-indutivo, derivada a observação da jurisprudência doméstica. Com efeito, pretende-se com a presente pesquisa demonstrar os principais elementos jurisprudências e fundamentações jurídicas utilizadas para o não reconhecimento do vínculo empregatício no Brasil.

## I. VÍNCULO EMPREGATÍCIO

### 1.1. REGRAS DA LEI BRASILEIRA E VINCULO

De acordo com a lei brasileira, as relações de trabalho têm cinco características: *Subordinação*, o funcionário integra a estrutura organizacional da empresa, sujeita à orientação do empregador, com autonomia limitada ou inexistente. *Remuneração*, o empregado trabalha por pagamento. *Habitualidade*, o empregado deve trabalhar regularmente. *Pessoalidade*, “intuito personae” o empregado deve trabalhar por si mesmo e não pode ser substituído por sua própria decisão. *Pessoa física*, o empregado é um indivíduo e não uma empresa ou qualquer outra entidade legal. A subordinação é o principal recurso usado para distinguir um funcionário de um contratado independente.

Há vínculos jurídicos, que apesar de possuírem a presença de alguns elementos pertencentes à relação de emprego, não podem se enquadrar nessa modalidade, em razão de possuírem alguma excludente. Nesses casos serão consideradas relação de trabalho. Conforme Delgado (2016, p. 295):

a expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.

O Superior Tribunal de Justiça, decidiu que os motoristas da Uber não são funcionários da empresa de telefonia móvel, uma decisão que reforça seu modelo de negócios em seu segundo maior mercado. Essa interpretação provavelmente influenciará futuras decisões judiciais relacionadas a aplicativos semelhantes. (THOMSON REUTERS, 2019).

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 164.544 - MG (2019/0079952-0).** A relação de emprego exige os pressupostos da pessoalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade. Inexistente algum desses pressupostos, o trabalho caracteriza-se como autônomo ou eventual. A empresa UBER atua no mercado através de um aplicativo de celular responsável por fazer a aproximação entre os

motoristas parceiros e seus clientes, os passageiros. Os motoristas de aplicativo não mantêm relação hierárquica com a empresa UBER porque seus serviços são prestados de forma eventual, sem horários pré-estabelecidos e não recebe salário fixo, o que descaracteriza o vínculo empregatício entre as partes. **RELATOR: MINISTRO MOURA RIBEIRO, NÚMERO ÚNICO: 0079952-10.2019.3.00.0000.**

O Tribunal acrescentou ainda que as ferramentas tecnológicas agora disponíveis permitem novas formas de interação econômica nas quais os motoristas agem como pessoas de negócios individuais, não empregadas pelo proprietário da plataforma.

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 164.544 - MG (2019/0079952-0).** As ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitiram criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (sharing economy), em que a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia. Nesse processo, os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma. **RELATOR: MINISTRO MOURA RIBEIRO, NÚMERO ÚNICO: 0079952-10.2019.3.00.0000.**

Debates semelhantes ocorreram em outros mercados da Uber, incluindo a Grã-Bretanha, onde os tribunais reconheceram que os motoristas são funcionários.

“O Tribunal considerou que os motoristas obviamente não estão “em trabalho” quando o aplicativo está desligado. Entretanto, quando o aplicativo está ligado e o motorista está dentro do território no qual é autorizado a trabalhar e tem disponibilidade para aceitar corridas, ele está trabalhando para o Uber sob contrato de trabalho (worker contract)” (JOTA. INFO, 2016. A decisão no Reino Unido sobre os motoristas da Uber).

Among the many aspects explored by the Court to justify Uber's major interference with its drivers and the consequent existence of the employment relationship are: (i) the fact that Uber interviews and recruits drivers; (ii) the fact that Uber controls essential information (especially the passenger's last name, contact information and intended destination), excluding the driver from such information; (iii) the fact that Uber requires drivers to accept travel and / or not cancel travel, ensuring the effectiveness of this requirement by disconnecting drivers who violate such obligations; (iv) the fact that Uber determines the default route; (v) the fact that Uber fixes the fare and the driver cannot negotiate a higher amount with the passenger; (vi) the fact that Uber imposes numerous conditions on drivers (such as limited choice of acceptable vehicles), as well as instructing drivers on how to do their work and in various ways controlling them in the performance of their duties; (vii) the fact that Uber subject drivers,

through the rating system, to certain parameters that will lead to managerial or disciplinary procedures; (viii) the fact that Uber determines questions about discounts, often without even involving the driver whose compensation will be affected; (ix) the fact that Uber accepts the risk of loss; (x) the fact that Uber holds the complaints of drivers and passengers; and (xi) the fact that Uber reserves the power to unilaterally change contract terms with respect to drivers. **Caso nº 2202550/2015, 28 outubro de 2016, Demandantes;** Mr. Y Aslan, Mr. J Farrar e demandados: Uber B.V, Uber London Ltd e Uber Britannia Ltd.

Nessa esteira, caminha o projeto de lei do Estado da Califórnia em que pretendem reconhecer o vínculo empregatício entre os motoristas de aplicativo e as respectivas empresas exploradoras do ramo.

Assim, para melhor explanação do presente trabalho é necessário o aprofundamento do conceito e tipos de subordinações ensinados pela doutrina pátria, visto ser o principal elemento para a caracterização do vínculo empregatício.

## 02. TIPOS DE SUBORDINAÇÃO

Subordinação Deriva de sub (baixo) e ordinare (ordenar), traduzindo a noção etimológica de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores. Nessa mesma linha etimológica, transparece na subordinação uma ideia básica de submissão ao poder de outros, às ordens de terceiros, ou seja, uma posição de dependência. (DELGADO 18º edição p. 349).

A subordinação é o fenômeno jurídico que nasce do contrato estabelecido entre trabalhador e empregador pelo qual o primeiro acolhe o direcionamento objetivo do segundo sobre a forma e o tempo da efetuação da prestação de serviço.

Faz-se necessário ressaltar que do ponto de vista sociojurídico essa subordinação tem caráter objetivo, ou seja, ela recai sobre a prestação do serviço e não necessariamente sobre o subalterno, embora isso ocorra com certa frequência, não deve ser essa pratica que defina e conceitua a subordinação.

Ao longo do tempo o conceito de subordinação sofreu alterações decorrentes das evoluções históricas e trabalhistas. Muitos desses conceitos já foram superados, cita-se, por exemplo, a subordinação econômica; que tem sua origem na doutrina alemã, parte do pressuposto de que o empregado necessita do trabalho e do correspondente salário para sobreviver, diante da sua situação de hipossuficiência no plano econômico. Este critério é falho, pois se baseia em critério extrajurídico e também não abrange a situação de quando o empregado possui capacidade econômico-financeira e não precisa de seu contrato de trabalho para sobreviver (BARROS, ALICE MONTEIRO, de Curso de Direito do Trabalho, p. 176).

Outro conceito também superado é da subordinação técnica; que se sustenta na premissa segundo o qual o empregador detém os conhecimentos técnicos da atividade que explora e por conta disso o empregado lhe submeteria.

Esta conceituação é frágil, pois não há necessidade que o empregador oriente tecnicamente o empregado, inclusive as empresas modernas já não se baseiam neste modelo organizacional. Afinal, nada impede que o titular na empresa se faça assessorar de técnicos, sem a pretensão de absorver seus conhecimentos individualmente. (BARROS, ALICE MONTEIRO, de Curso de Direito do Trabalho, p. 176).

Por outro lado, o artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, ao definir empregado, refere-se à prestação pessoal de serviços a empregador, sob a dependência deste. E o artigo 2º do mesmo diploma, quando define empregador, afirma que este dirige a prestação pessoal de serviços do empregado. Da conjunção destas duas características, que são a direção do trabalho do empregado pelo empregador e a dependência daquele em relação a este, a doutrina e a jurisprudência, de maneira uniforme, reconhecem como atributo essencial à configuração do vínculo de emprego a subordinação jurídica.

Segundo Marcelo Moura, (2009, curso de direito do trabalho, p. 168) a subordinação jurídica é o principal elemento da relação de emprego e, conseqüentemente, do conceito de empregado. Diz-se jurídica a subordinação, pois se dá nos limites da lei e do contrato de trabalho.

Embora, a doutrina e jurisprudência reconheça a aplicação da subordinação jurídica no plano pátrio, importante abordar a subordinação estrutural para melhor compreensão dos fundamentos jurisprudenciais. Estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. (DELGADO apud PORTO, 2009, p. 250).

Para Luciano Martinez, (curso de Direito do trabalho, 10º edição pg. 183), Subordinação estrutural é a subordinação que se expressa pela inserção do Trabalhador na dinâmica do tomador e seu serviço independentemente de receber ou não suas ordens diretas, mas acolhendo estruturalmente sua dinâmica de organização e funcionamento nessa dimensão da subordinação não importa que o trabalhador se harmonize ou não aos objetivos do empreendimento nem que recebia ordens diretas das específicas chefias desde o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado a dinâmica Operativa da atividade do tomador de serviços.

Ainda, destaque-se a existência de subordinação direta e indireta. Aflora em situações terceirização em que a empresa prestadora coloca trabalhadores à disposição da empresa tomadora de serviços outorgando a esta apenas parte de seu poder diretivo.

Ensina Luciano Martinez (ano 2019, p. 172) que quando isso acontece à empresa prestadora fraciona a subordinação jurídica que lhe é inerente e concede a tomadora poder de dar ordens de comando e de exigir que a tarefa seja feita a contento (subordinação indireta) preservando consigo o intransferível poder de apenar o trabalhador diante do descumprimento das ordens de comando diretivo (subordinação direta).

Logo, uma vez explanado sobre os tipos de subordinações no direito brasileiro, adentra-se na análise dos precedentes judiciais acerca do tema.

### 3. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Como tem ocorrido em outros países, no Brasil os motoristas de aplicativo Uber têm levado em discussão as questões trabalhistas, especialmente em relação ao status de ser contratados de forma independente. Atualmente, mais de dez ações judiciais estão pendentes contra a Uber nos Tribunais do Trabalho do Brasil, todas envolvendo o mesmo gravame: a classificação dos motoristas como empregados.

Nos últimos anos há várias decisões acerca da questão, sobretudo nas primeiras instâncias dos Tribunais Regionais em que o reconhecimento de vínculo é mais presente quando comparada aos precedentes de segunda instância. A exemplo, citamos o juízo de primeira instância da 33ª vara do trabalho de Belo Horizonte que decidiu por reconhecer o vínculo empregatício entre a empresa Uber e o motorista<sup>151</sup>.

No entanto, a Uber recorreu e como tem ocorrido em todos os tribunais, sendo que neste caso, o Tribunal regional decidiu que o motorista era um contratante independente e que Uber é uma plataforma de intermediação que apenas vincula fornecedores e clientes, e o motorista tem liberdade para decidir quando e como trabalhar sem a interferência da empresa.

à unanimidade, conheceu do recurso ordinário interposto pela reclamada e dos documentos que o acompanham; rejeitou as preliminares arguidas no apelo da ré; acolheu a incompetência material da Justiça do Trabalho e afastou a declaração de irregularidade no objeto social da empresa, nos termos postos na r. sentença recorrida, com a consequente expedição de ofícios à Secretaria de Finanças do Município de Belo Horizonte e à Secretaria de Estado de Fazenda do Estado de Minas Gerais; no mérito, sem divergência, deu parcial provimento ao apelo empresarial para: a) declarar a inexistência de relação de emprego” (**PROCESSO nº 0011359-34.2016.5.03.0112 (RO) – Data do acórdão: 23/05/2017**)  
**Relator: Desembargadora MARIA STELA ÁLVARES DA SILVA CAMPOS**

Nesse sentido são os demais precedentes RO 0001995-46.2016.5.10.0111. DJE (18/04/2017), RO nº 01821-2014-003-10-00-1 RO, Relator Juiz Paulo Henrique Blair, DJ de 26/08/2016 e RO 1001574-25.2016.5.02.0026 (12/04/2018),

Isoladamente são os julgados de reconhecimento de vínculo empregatícios, a exemplo do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

Fundamentos pelos quais, o Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em Sessão Ordinária da Egrégia Décima Primeira Turma, hoje realizada, julgou o referido processo e, à unanimidade, conheceu do recurso ordinário interposto pelo autor; no mérito, por maioria de votos, deu-lhe provimento para reconhecer a relação de

---

<sup>151</sup> Márcio Toledo Gonçalves (Processo nº 0011359-34.2016.5.03.0112).



emprego entre o reclamante e a reclamada, no período de 10/06 /2016 a 02/02/2017, observados os limites da inicial, na função de motorista” ; Desembargador Relator LUIZ ANTÔNIO DE PAULA IENNACO Processo: nº 0010806-62.2017.5.03.0011 (RO)

O Tribunal Superior do Trabalho, responsável por padronizar a interpretação judicial em questões de direito do trabalho, e o Supremo Tribunal não se pronunciaram de forma definitiva sobre a questão.

A controvérsia sobre os funcionários da Uber não se limita a litígios individuais. O Ministério público do Trabalho formou um grupo de trabalho para entender melhor como o trabalho sob a demanda via aplicativos afeta as relações de trabalho.

As principais críticas, em apertada síntese, resumem que a economia de serviço não deve ser considerada um setor separado da economia e a análise da subordinação deve levar em consideração como as mudanças tecnológicas estão remodelando a organização do trabalho e os novos padrões de controle do trabalho.

Ocorre que decisão recente do Superior Tribunal de Justiça aflorou a decisão acerca do Tema. Ao julgar o conflito de competência entre a justiça estadual e a especializada trabalhista, de forma reflexa reforçou a tendência dos tribunais negarem o reconhecimento de vínculo trabalhista entre os motoristas de aplicativos e as empresas exploradoras do serviço em questão.

Tudo começou quando o um motorista de Uber teve sua conta suspensa por suposta irregularidades. Diante tal fato o motorista de aplicativo ingressou com uma ação indenizatória contra a plataforma para pleitear, além dos danos materiais e morais, o direito de reativação de sua conta. Contudo, o juiz estadual entendeu que tal fato deveria ser tratado pela justiça especializada trabalhista por se tratar de relação de trabalho, que por sua vez, o juiz trabalhista declinou novamente por adotar entendimento diverso.

Com isso, o Superior Tribunal de Justiça passou a ter a missão de dirimir a questão. O Superior Tribunal de Justiça além de afastar qualquer relação de emprego por ausência de subordinação, complementou que a atividade é exclusivamente privada, não gerando sequer relação de trabalho.

A relação de emprego exige os pressupostos da pessoalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade.

Os motoristas de aplicativo não mantêm relação hierárquica com a empresa UBER porque seus serviços são prestados de forma eventual, sem horários pré-estabelecidos e não recebem salário fixo, o que descaracteriza o vínculo empregatício entre as partes.

Inexistente algum desses pressupostos, o trabalho caracteriza-se como autônomo ou eventual. A empresa UBER atua no mercado através de um aplicativo de celular responsável por fazer a aproximação entre os motoristas parceiros e seus clientes, os passageiros.

Complementou a atividade de motorista de aplicativos é privativa em razão do expresse reconhecimento na Lei nº 13.640/2018, que alterou a Lei nº 12.587/2012 (Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana) e ressaltou tratar de uma novo tipo de economia, denominada de compartilhada, (sharing economy), reconhecidamente adotada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE):

A lei atribuiu à atividade caráter privado, em consonância com o conceito adotado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para o compartilhamento de bens entre pessoas, por meio de sistema informatizado, chamado de “peer-to-peer platforms” ou “peer platform markets”, ou seja, um mercado entre pares – P2P, conforme nos esclarece a doutrina sobre o tema: Essa nova modalidade de interação econômica não se confunde com os clássicos modelos que envolvem uma empresa e um consumidor (B2C – business to consumer), duas empresas (B2B – business to business) ou consumidores (C2C – consumer to consumer). Há, na realidade, um “mercado de duas pontas” (two-sided markets), visto que existem dois sujeitos interessados, sendo que um deles se predispõe a permitir que o outro se utilize de um bem, que se encontra em seu domínio, e o outro concorda em usufruí-lo mediante remuneração. No entanto, toda a transação é intermediada por um agente econômico que controla a plataforma digital. (SILVA, Joseane Suzart Lopes da. O transporte remunerado individual de passageiros no Brasil por meio de aplicativo: a Lei 13.640/2018 e a proteção dos consumidores diante da economia do compartilhamento. Revista de Direito do Consumidor, vol. 118, ano 27, pp. 157/158)

Desta forma, concluiu que a discussão no processo limita-se a questão no plano cível e não sobre reconhecimento de vínculo empregatício fixando a competência para o juízo estadual.

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 164.544 - MG (2019/0079952-0)** Em suma, tratando-se de demanda em que a causa de pedir e o pedido deduzidos na inicial não se referem à existência de relação de trabalho entre as partes, configurando-se em litígio que deriva de relação jurídica de cunho eminentemente civil, é o caso de se declarar a competência da Justiça Estadual. Nessas condições, CONHEÇO do conflito para declarar competente o JUÍZO DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE POÇOS DE CALDAS - MG. **RELATOR: MINISTRO, MOURA RIBEIRO, NÚMERO ÚNICO: 0079952-10.2019.3.00.0000.**

Em outras palavras, a ambivalência jurídica anterior que existia em relação aos motoristas da Uber é agora esclarecida na decisão, o que sugere que os motoristas não devem ser considerados funcionários com direitos trabalhistas conectados à empresa de transporte público.

Apesar da decisão não ter cunho vinculativo, sinaliza e reforça o entendimento que não existe vínculo empregatício entre os motoristas e as empresas gestoras das plataformas de aplicativos. Isso por que coloca ponto final sobre duas questões, quais sejam, a inexistência de subordinação e também a atividade ter cunho estritamente contratual privado.

O precedente apesar de não excluir por completo eventuais lides na justiça do trabalho, pois, pressupõe a possibilidade de discutir na competência especializada trabalhista o reconhecimento de vínculo, aponta que a atividade por ser de cunho privado reforça a impossibilidade de eventual reconhecimento, pois, revela ser uma nova modalidade de economia compartilhada, diante o avanço tecnológico atual com relações jurídicas atípicas entre empresas.

#### 4. CONCLUSÃO

Diante do exposto conclui-se que apesar dos requisitos de reconhecimento de vínculo trabalhista ter critérios objetivos em lei, tal fato não tem sido suficiente para adoção de uma interpretação pacífica, em especial, para os motoristas de transportes de aplicativos.

Não obstante a legislação trabalhista adotar a subordinação jurídica como elemento caracterizador do vínculo trabalhista, a subordinação estrutural apesar de aproximar com a realidade da relação jurídica existente entre os motoristas e empresas gestoras de plataforma de transporte não têm sido na suficiente para a jurisprudência adotar interpretação mais benéfica aos motoristas de aplicativo.

Assim, apesar de julgados isolados de reconhecimento de vínculos empregatícios em desfavor das empresas de aplicativos de transportes, a manifestação do Superior Tribunal de Justiça, ainda que reflexa, veio para reforçar a tendências dos Tribunais Regionais do Trabalho para não reconhecimento do vínculo trabalhista, os quais fundamentam suas decisões na ausência de subordinação, mas sobretudo, em razão de adoção de novos fundamentos adicionais, ou seja, o surgimento de modalidade de economia compartilhada (sharing economy), em cooperação as tendências econômicas mundiais e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

#### REFERÊNCIAS

DELGADO, MAURICIO GODINHO. **Curso do Direito do trabalho**, 18<sup>o</sup> edição. Editora, LTR

BARROS, ALICE MONTEIRO. **Curso de Direito do Trabalho**, 10<sup>o</sup>. Editora LTR

MARTINEZ, LUCIANO. **Curso de Direito do trabalho**, 10<sup>o</sup> edição. Editora, Saraiva.

MOURA, MARCELO. **Curso de direito do trabalho**, 2<sup>o</sup> edição. Editora, Saraiva.

DAN BLYSTONE, 2019. **A história do Uber**. Investopedia. Texto e referências traduzidas pelo autor. Disponível em: <https://www.investopedia.com/articles/personal-finance/111015/story-uber.asp>. Acesso em: 10/09/2019.

LATIN AMERICAN BUSINESS STORIES, 2019. **Decisão do STJ no Brasil beneficia Uber no país.** Texto e referências traduzidas pelo autor. Disponível em: <https://labs.ebanx.com/en/news/society/uber-drivers-will-not-be-considered-employees-in-brazil/>. Acesso em: 20/09/2019.

RENAN Bernardi Kalil, 2019. **Backgrounder: Status de emprego de trabalhadores que prestam serviços no Brasil.** Texto e referências traduzidas pelo autor. On Labor. Disponível em: <https://onlabor.org/guest-post-brazil-and-the-gig-economy/>. Acesso em: 19/09/2019.

SANTOS, Marcos Rabelo; SILVA, Débora Eleonora Pereira da. **Tomada de Decisão na Inovação em Serviços em Empresas de Tecnologia da Informação do Estado do Sergipe.** Revista ADM. MADE, v. 18, n. 1, p. 56-78, 2014.

SILVA, Glessia; DA SILVA, Débora Eleonora Pereira. **Inovação aberta em serviços e o papel do cliente no ambiente de negócios: uma análise com estudantes universitários.** NavusRevista de Gestão e Tecnologia, v. 5, n. 3, p. 74-87, 2015.

VALERIE De Senneville, 2015. **Uber: nos bastidores de uma máquina de guerra legal "** [arquivo], em Les Echos, 12 de outubro de 2015. Texto e referências traduzidas pelo autor. Acessado em 26 de outubro de 2015. Acesso em: 29/09/2019.

THOMSON, Reuters, 2019. **Tribunal do Brasil decide que motoristas do Uber são freelancers, não funcionários.** Texto e referências traduzidas pelo autor. Reuters. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-uber-brazil/brazil-court-rules-uber-drivers-are-freelancers-not-employees-idUSKCN1VP315>. Acesso em: 08/09/2019.

JOTA. INFO, 2016. **A decisão no Reino Unido sobre os motoristas da Uber.** Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/decisao-reino-unido-sobre-os-motoristas-da-uber-o-que-temos-aprender-com-ela->. Acesso em: 23/10/2019

VERGARA, S. C.; Carvalho Junior, d. **Nacionalidade dos autores referenciados na literatura brasileira sobre organizações.** In: ENCONTRO DA ANPAD, 19., 1995, João Pessoa. Anais. Rio de Janeiro: Anpad, 1995. v. 6. Organizações, p. 169-188.

## ADOÇÃO A BRASILEIRA VISTA À LUZ DO CÓDIGO PENAL: ALTRUÍSMO OU CRIME?

**LEILA DE ABRANTES BEZERRA BARAKAT:**  
Graduanda de Direito na (CEULM-ULBRA-Centro  
Universitário Luterano de Manaus)

INGO DIETER PIETZSCH

(orientador) 152

**Resumo:** O objetivo principal deste artigo é definir a adoção à brasileira de acordo com a legislação em vigor, de forma a apontar as razões dessa prática, especialmente mencionar o avanço legislativo brasileiro nas práticas de adoção ilegal, descrever o tratamento normativo da adoção e a situação da adoção no Brasil, assim como o entendimento do juiz sobre justiça e perdões, bem como comportamento caritativo e criminoso, com isso este estudo utilizou-se do método dedutivo, votado para o desenvolvimento da pesquisa, serão utilizados estudos jurídicos, doutrina, legislação nacional, jurisprudência e decisões relevantes, técnicas tais que serão utilizadas para a coleta de dados e para a análise dos mesmos. Exemplo: revisão bibliográfica; coleta de jurisprudência; análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais. Desse modo ficará evidenciado os avanços da legislação brasileira sobre a prática da adoção à brasileira. Ao longo da história do Brasil, o Instituto Família passou por muitas mudanças e passou por um longo e burocrático processo, com isso muitos casais se viram impossibilitados de alcançar o almejado sonho de estender uma família e recorreram à adoção ilegal, seria a adoção à brasileira um crime ou uma atitude altruísta? Quanto à questão da adoção no Brasil, constatou-se que a família, a sociedade e o Estado têm a obrigação de proteger integralmente os direitos da criança e do adolescente, cumpre o artigo 100, artigo 4º do ECA que respeitar o interesse superior da criança e do adolescente com finalidade de proteger o desenvolvimento íntegro e saudável é fundamental para assegurar os direitos das crianças e adolescentes.

**Palavra-chave:** Adoção à brasileira. Interesse da criança. Altruísmo. crime

**Abstract:** The main objective of this article is to define Brazilian adoption according to the legislation in force, in order to point out the reasons for this practice, especially to mention the Brazilian legislative advance in illegal adoption practices, describe the normative treatment of adoption and the situation of the adoption. adoption in Brazil, as well as the judge's understanding of justice and pardons, as well as charitable and criminal behavior, with this study used the deductive method, voted for the development of the research, will be used legal studies, doctrine, national legislation, relevant jurisprudence and decisions, such techniques that will be used for data collection and analysis. Example: bibliographic review; collection of jurisprudence; content analysis of jurisprudential arguments. In this way, advances in Brazilian legislation on the practice of Brazilian adoption will be evidenced. Throughout the history of Brazil, Instituto Família has undergone many changes and has gone through a long and bureaucratic process, with that many couples found themselves unable to achieve the desired dream of extending a family and resorted to illegal adoption, it would be the adoption to the Brazilian a crime or an altruistic attitude? Regarding the issue of adoption

---

Mestre e coordenador do curso de direito CEULM-ULBRA-Centro Universitário Luterano de Manaus

in Brazil, it was found that the family, society and the State have an obligation to fully protect the rights of children and adolescents, complies with article 100, article 4 of the ECA, which respects the best interests of the child and adolescents in order to protect integral and healthy development is fundamental to ensure the rights of children and adolescents.

**Keywords:** Adoption to Brazilian. Child's interest. Altruism. crime

**Sumário:** Introdução.1. conceitos e evolução histórica da adoção. 2. Breve histórico da adoção.3. O instituto da adoção à brasileira.4. O processo de habilitação da adoção.5- Dados do Cadastro Nacional de Adoção. 6- Consequências penais. 7-. Atualizações legislativas sobre adoção à brasileira, princípios, jurisprudência e doutrinas usadas para o instituto- [lei 13.509/17](#) . Conclusão. referências.

## Introdução

O presente estudo tem como tema: “adoção à brasileira vista à luz do código penal: altruísmo ou crime?”

A temática da adoção do registro de filho alheio em nome próprio irá ser abordado numa perspectiva jurídica e mostrar que a adoção à brasileira é a idealização de um sonho por aqueles que encontram um processo lento e burocrático, enfatizando que este procedimento não é privilegiado pelo nosso ordenamento jurídico, uma vez que é descrito como crime expresso nos artigos 242 e 297 do Código Penal, apesar do código penal evidenciar a penitência deste ato com a finalidade de evitar que crianças venham a ser vendidas, exploradas, traficadas sequestradas e até maltratadas, ainda é comum em nossa sociedade essa prática de adoção irregular, embora a Justiça observe a socioafetividade para aplicar a pena, alguns casos são imperdoáveis e são punidos.

A ideia principal do estudo é apresentar a evolução histórica do instituto da adoção até as práticas atuais no Brasil, assim como levantar algumas razões para que ocorra o abandono da família biológica dos seus filhos. Ademais propõe esclarecer sobre a importância do tema escolhido num olhar voltado para compreender os motivos que levam pais adotarem de modo informal conhecida como adoção à brasileira, pondo em risco sua própria idoneidade moral e enfrentar o risco de incorrer numa punição por parte do Estado, motivados por uma realização de um desejo materno ou paterno.

Cada vez mais observa-se uma crescente preocupação com a criança e o adolescente que não tem família para que encontrem um lar. Nos casos de adoção à brasileira, a criança adotada é registrada como se filha biológica dos pais adotivos fossem, ou seja o jeitinho brasileiro, que é conhecido como uma forma de burlar a lei e ocorre sem o procedimento previsto em lei ,

As mudanças sobre adoção ocorreram através das legislações no Brasil e das consequências dos costumes presentes na sociedade ao decorrer da história, de início bastante preconceituoso ao se tratar de filhos adotivos e que muitas vezes deixava o adotado desamparado com a morte dos pais adotivos.

Hoje a adoção é vista como uma expectativa de uma conexão que estabelece o parentesco de primeiro grau em linha reta entre adotante e adotado que passa a ter todos os

direitos como se natural fosse, de forma plena e irretroatável, mas com o chegada de leis no Brasil que tornam esse processo mais simplificado, sendo assim, frente a essas questões, a intenção deste trabalho será analisar quais as dificuldades em aplicar as inovações da lei, uma vez que o instituto passou por várias transformações ao longo do tempo.

## 1. Conceitos

A origem da palavra adoção vem do latim "adoptio", e significa: assumir, receber como filho. A principal condição para adotar uma criança, é ter capacidade para amar, pai e mãe é o que ama, se doa, respeita, cuida e acompanha o desenvolvimento da criança e adolescente em seus aspectos físico, intelectual, emocional, social e econômico.

De acordo com o jurista Orlando Gomes:

“adoção é o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente de procriação, o vínculo da filiação.” Então adoção é um procedimento legal no qual a criança ou adolescente se tornam filhos de uma única pessoa ou de um casal, tendo assim os mesmos direitos que um filho, é um ato jurídico solene pela qual se cria, e independente de qualquer relação de parentesco afim ou consanguíneo, um vínculo fictício de filiação, traz para a família um filho, pessoa estranha e que estabelece uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado (2001, p 369).

Para nos formarmos como sujeitos, donos de nossa própria vida, precisamos de cuidados, a natureza humana desde o início da vida caminha em direção à autonomia, a criança necessita de um adulto para sobreviver, precisa de alimentos, carinho, ternura, afeto, aconchego, enfim, amor. Necessitamos de amor para crescermos saudáveis.

A Constituição Federal de 1988 no seu Art. 277 assegura que: “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Confirma no artigo 28 do (Estatuto da Criança e Adolescente) que “a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente. A lei 12.010/2009 modifica § 1º que assegura: que sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada, e altera também o § 2º da lei que agora aponta que tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência, no caso de menor de doze anos não precisará de consentimento, e § 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

A inovação expressa nos trechos da lei acima deixa claro a importância da oitiva do adotando pela equipe técnica e não pela autoridade judiciária, a expressão “colhida em audiência”, oportuniza a presença do juiz e com a presença do Ministério público, onde ouvirá o adolescente, que antes era apenas por adoção, agora também em família substituta, os pais biológicos devem concordar com a colocação da criança em outra família. que não quer dizer ainda adoção propriamente dita e com isso estabelece maior segurança no procedimento

A importância da família é indiscutível, uma vez que é por meio dela que construímos a base para uma vida inteira atrelada à valores e condutas que levamos conosco para onde quer que possamos ir, visto que não há na história dos povos antigos ou surgimento de uma sociedade organizada sem que se conjecture uma base ou seus fundamentos na família ou organização familiar.

Nesse sentido, discorre Silvio Venosa (2005, p. 18) “a família é o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar”, e em sentido restrito, “compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder”

Para o juiz Sérgio Kreuz de Cascavel (PR), assevera que: “apesar da ilegalidade do ato, em alguns casos é melhor regularizar a situação no interesse da criança”, é comum ainda as adoções à brasileira, mesmo que venha diminuindo as adoções ilegais com os avanços da legislação e graças à intervenção das instituições de proteção à infância, ainda assim ficam prejuízos para a criança quando são separados da família socioafetiva.

Contudo, um fato que existe em nosso país é o crescente número de crianças e adolescentes acolhidos e um processo de destituição de poder familiar demorado, que leva à vezes, a crescerem em abrigos, o que torna definitivo o que deveria ser temporário e breve, com oportunidades de serem adotadas reduzidas drasticamente a cada ano, também são privadas da convivência familiar que é seu direito constitucional, ficando notoriamente em risco de danos irreversíveis na sua autoestima e no seu desenvolvimento.

De acordo com os dados apontados pelo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), dados atuais de 04 de agosto de 2020, apontam que há disponíveis para adoção: 5.233 crianças no Brasil. A legislação brasileira define critérios para que pessoas interessadas adotem, entretanto, adotar uma criança, é uma tarefa difícil e que envolve a transformação na vida e na rotina das pessoas e, principalmente, o bem-estar de uma criança que em algumas vezes, vem de um lar desordenado, com um passado de violações aos seus direitos, e precisa de um novo e amoroso lar para retomar sua história.

Com base no conceito de caridade, altruísmo e crime, há polêmica entre opiniões, apesar da lei atual tipificar como crime, deixa lacunas diante dos princípios que asseguram o melhor interesse da criança, a palavra caridade é muito abordada numa perspectiva religiosa cristã que significa amor, tem sua origem no grego “ágape”, descreve um amor sem lacunas e incondicional.



Ao tratar da palavra altruísmo que foi criada pelo filósofo francês Auguste Comte em 1830, é caracterizada como o grupo de disposições humanas, individuais ou coletivas, que inclinam os seres humanos a se dedicarem aos outros e que se opõe ao egoísmo.

Crime era visto no Código Criminal do Império do ano de 1830 e o Código Penal de 1890 como castigo, nas ordenações Filipinas previa: pena de morte, açoites, tortura como meio para obter confissão, degredo, açoite, etc. No Código Penal vigente não está expresso o conceito de crime, atualmente fica a cargo dos doutrinadores o definirem e conceituarem.

## 2. Breve histórico da adoção

Desde a Antiguidade os povos praticaram o instituto da adoção, acolhiam crianças como filhos naturais no seio das famílias. A Bíblia conta sobre a adoção de Moisés pela filha do faraó, no Egito. Diante desses significados a adoção na história surge a partir de modelos religiosos e com a finalidade de garantir o culto aos ancestrais familiares e teve sua positivação como o código de Hamurabi em 1700 a.C com nove dispositivos sobre o assunto, informando portanto que filho seria aquela criança que seria adotada pela família, era-lhe dado o nome e ensinada a ela uma profissão e caso quisesse devolver aos pais biológicos, deveria a criança ser indenizada com a terça parte dos bens do adotante.

De acordo com Bandeira (2001, p.17) a respeito desse tema:

“A adoção surgiu da necessidade, entre os povos antigos, de se perpetuar o culto doméstico, estando assim ligada mais à religião que ao próprio direito. Havia, entre os antigos, a necessidade de manter o culto doméstico, que era a base da família, sendo assim, a família que não tivesse filhos naturais, estaria fada à extinção”.

Observa-se que a Adoção é uma prática antiga, durante a Antiguidade sua valorização esteve relacionada com a possibilidade repassagem do nome da família para aqueles que não tinham descendentes, na Grécia Antiga, a exemplo em Atenas, a adoção tinha cunho religioso, onde apenas os cidadãos, que eram os homens livres maiores de 18 anos e que tinham posse, possuíam o direito de adotar. As mulheres não poderiam adotar, não eram consideradas cidadãs, mas poderiam ser adotados, assim como os homens. E, no caso de ingratidão, a adoção poderia ser revogada.

De acordo com Granato (2010, p. 38):

“Em Roma, a adoção ganhou destaque e desenvolveu e onde mais foi praticada”

Apesar da necessidade de se perpetuar o culto doméstico e dar continuidade à família ali a adoção também tinha finalidade política, usada pelos imperadores para designar os sucessores permitindo que plebeus se transformassem em patrícios e vice-versa, como exemplo tivemos Tibério e Nero, que foram adotados por Augusto e Cláudio, ingressando na tribuna, também era exigida a idade mínima de 60 anos para o adotante e vedada a adoção aos que já tivessem filhos naturais. Mais tarde, perde o caráter de natureza pública, limitando-se a ser uma forma de “consolo” para os casais estéreis.

Nesse aporte, na Idade Média, a adoção não era bem vista, tendo como justificativa o fato de que poderia influenciar o reconhecimento legal dos filhos incestuosos. Nossa

influência do instituto da adoção vem do direito português, lá, com a adoção, o adotante não adquiria o pátrio poder e quanto a sucessão o príncipe deveria autorizar para que houvesse direito à sucessão pelo adotando, já na França, com a edição do Código Napoleônico (1804), ressurge com caráter de caridade e à mão de obra barata, era autorizado para obter adoção pessoas maiores de 50 anos.

Até 1851, na maioria dos países ocidentais as crianças mudavam de lar sem passar por adoção, desempenhavam tarefas de aprendizes, trabalhadores domésticos, mensageiros, governantas, pajens, damas de companhia etc., em troca de abrigo e, às vezes, da chance de educação. Se uma família passava por dificuldades, os filhos podiam ser deixados temporariamente em orfanatos, onde tinham maiores chances de receber cuidados, alimentação e estudos enquanto a família biológica tentava se reerguer. No século 19, nos Estados Unidos, por exemplo, em 1940 muitas crianças, filhas de mães solteiras, só passavam os finais de semana em casa, mas viviam em abrigos.

O abandono de crianças e adolescentes esteve comum ao longo da história, no Brasil há poucos escritos sobre abandono, mas há registros do século XVIII onde muitas mães e famílias não tinham condições de criar seus filhos e abandonavam-nos nas ruas. O principal fator do abandono sempre foi a miséria, mas também era muito comum da mulher engravidar quando ainda era solteira e rejeitada pelo genitor da criança e pela família, assim desamparava os filhos pois a sociedade à época era ainda mais preconceituosa que nos dias de hoje. No século XX as cidades começaram a crescer e os pais precisavam trabalhar, os filhos ocupavam às ruas ou tinham que trabalhar também.

Em especial no Brasil Colonial e Imperial, o instituto da adoção foi incorporado como já citado acima por meio do Direito português, com as chamadas Ordenações Filipinas (século 16), posteriores, Manuelinas e Afonsinas, só havia referências à adoção, mas nada concreto que pudesse efetivar a adoção, exceto se o adotado perdesse o pai natural, desse modo ainda precisaria de uma ordem por um decreto real.

“A maternidade do filho gerado por meio de relação sexual entre marido e mulher era certa, vez que ela se manifesta por sinais físicos inequívocos. A paternidade era incerta e a presunção se atribuía diante do fundamento da fidelidade conjugal por parte da mulher”. (ZENI, 2009, p.63)

Foi com o Código Civil de 1916 que a adoção ganhou status com regras formais, possuía caráter contratual entre adotante e adotado, distingue os filhos do casamento e os fora do casamento, o modelo de família era aquela em que os pais fossem casados, se não havia casamento, não havia família, esse modelo era criado pelo Estado, filho legítimo era oriundo do casamento, era chamado legítimo e constava em registro, o filho ilegítimo ou ilegítimo natural era aquele que não era oriundo do casamento, se mais tarde os pais casassem eram chamados de legitimados,

Os filhos ilegítimos eram os nascidos fora do casamento, das relações extramatrimoniais, e eram divididos em naturais ou espúrios. “A filiação natural dava-se quando os genitores não possuíam vínculo matrimonial, não eram casados com terceiros, nem havia entre eles impedimento para o casamento.” (CYSNE, 2008, p. 194).

Também tinha os filhos ilegítimos adulterinos, acontecia quando um homem casado engravidava uma moça, isso era considerado fruto de um adultério, daí surge adoção à moda brasileira, esse filho ilegítimo adulterino essa mulher seria mãe solteira, carregaria um estigma na sociedade e optavam por entregar a criança as santas casas, a criança era recebida por uma gaiola chamada roda dos expostos, formada por uma caixa dupla de formato cilíndrico, fundada em Portugal em 1498, a roda foi adaptada no muro das instituições caridosas no Brasil entre 1825-1961, com a janela aberta para o lado externo, um espaço dentro da caixa recebia a criança após rodar o cilindro para o interior dos muros, desaparecendo assim a criança aos olhos externos; dentro da edificação a criança era recolhida, cuidada e criada até se fazer independente. essa mulher retomaria sua vida como se solteira e sem filhos fosse, durou muitos anos no Brasil, mas em alguns casos a mulher não aceitava entregar o filho e carregava o estigma de mãe solteira, às vezes casava e o homem assumia o filho como se fosse de ambos e declarados em cartório, às vezes os avós ou casais interessados praticavam o mesmo ato como forma de solidariedade e amor a situação exposta.

Denominava-se a filiação adulterina, quando o pai, a mãe ou ambos mantivessem vínculo conjugal com outra pessoa no momento da concepção ou do nascimento da criança. Os filhos adulterinos poderiam ser divididos em a matre, a patre ou a matre e a patre. (CYSNE, 2008, p. 194)

Os filhos eram classificados também como ilegítimo incestuoso quando havia impedimentos de sangue para o casamento entre tio e sobrinho, irmãos como até hoje prescrito no código civil de 2002, inciso I do art. 1.521 proíbe o casamento e não se pode procriar na família entre tios, sobrinhos, irmãos, ascendentes e descendentes.

Os filhos sacrílegos que não constavam no código civil eram os filhos do sacerdote ou religioso católico que tinha feito votos de castidade; hoje, é apenas considerado como filho natural.

“Legítimo era o filho biológico, nascido de pais unidos pelo matrimônio; os demais seriam ilegítimos.” (LOBO, 2004, p. 48)

No código civil de 1916 a adoção era realizada sem interferência do Estado. O parentesco limitava-se ao adotante e adotado, que era conhecido como filho de criação, o que levava à exclusão dos direitos sucessórios se os adotantes tivessem filhos legítimos ou reconhecidos. Os laços consanguíneos permaneciam com os pais biológicos, passando-se apenas o pátrio poder ao adotante, no entanto, a legislação mais que obstruía do que destravava o processo, a exemplo disso também era exigido: a autorização para pessoas com idade superior a 50 anos, sem prole legítima ou legitimada, o adotante teria que ter 18 anos a menos que o adotado. Transferia-se com a adoção o pátrio poder ao adotante. Só era possível a adoção por duas pessoas se fossem casadas. Exigia-se o consentimento da pessoa que tivesse a guarda do adotando. Procurava trazer para o núcleo familiar sem filhos a presença do adotando, atendendo interesse maior dos adultos/pais que não possuíam prole ou não podiam tê-la naturalmente.

A Lei 3.133/1957 modificou alguns critérios: os adotantes deveriam ter mais de 30 anos, e não mais de 50; o adotando deveria ser 16 anos mais novo que o adotante; e os adotantes poderiam já ter filhos (legítimos, legitimados ou reconhecidos), passou a ser

irrevogável a adoção, detalhe é que os adotantes que viessem a ter filhos biológicos após a adoção poderiam afastar o adotado da sucessão legítima regra esta que deixa de ser aplicada com a Lei 6.515 (Lei do Divórcio), agora o filho adotivo goza dos mesmos direitos do filho consanguíneo, observa-se que a legislação mostrava maior preocupação com os interesses dos adotantes do que com os dos menores.

Nesse contexto, a distinção entre filhos legítimos e adotado só encerra-se com a Constituição de 1988. De acordo com o artigo 227, §6º: filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, têm os mesmos direitos e qualificações, “proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Pela primeira vez que uma legislação nacional, coloca o interesse do menor no processo, reforçado com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/1990), adotando a doutrina jurídica da “proteção integral”. As novas regras que simplificam o processo de adoção, tais como: a idade máxima para ser adotado (de 7 para 18 anos) ou a idade mínima para poder adotar (21 anos, e não mais 30) e abrindo a possibilidade a qualquer pessoa, casada ou não, desde que obedecidos os requisitos legais possam adotar, é importante observar que para que uma adoção se concretize, existem requisitos previstos em lei: decisão judicial, consentimento dos pais biológicos (a não ser que sejam destituídos do poder familiar), consentimento do adotando (se maior de 12 anos), estágio de convivência, entre outros.

Nesse sentido a Constituição de 1988 traz a equiparação dos direitos dos filhos adotivos aos dos filhos biológicos e os princípios constitucionais de maior relevância sobre a filiação, esse estudo cita a proteção estatal à família dispõe que a família é a base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (artigo 266, caput, CF); melhor interesse da criança (artigo 227, caput, CF) Extrai-se o Princípio do Melhor Interesse da Criança com efeito que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, e jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça e dos demais Tribunais de Justiça prestigiam o Princípio do Melhor Interesse da Criança.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 3º, 4º, 5º também em seu art. 3º assegura essa proteção :”A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

O princípio do melhor interesse da criança foi introduzido no ordenamento brasileiro como consequência da doutrina da proteção integral. Sua aplicação é requerida quando a peculiar situação da criança demanda uma interferência do Judiciário, Legislativo e Executivo. Trata-se de circunstâncias que envolvam a guarda e visita de filhos de pais separados, medidas socioeducativas, colocação em família substituta, dentre outras”

Assim também são preceitos constitucionais que asseguram que menores devem ser protegidos de forma atenciosa, por serem vulneráveis precisam de proteção especial e representam o futuro da nação, e de tal fato a sociedade não pode fugir ou ignorar.

### **3- O instituto da adoção à brasileira.**

A origem do termo adoção à brasileira ou simulada é um termo adotado pela jurisprudência, lembra o jeitinho brasileiro que tenta resolver as questões à margem da legalidade, é usado quando um indivíduo ou casal, em pleno gozo de sua capacidade civil, registra como seu filho de outrem, sem observância do procedimento legal, é considerada crime e está previsto no código penal brasileiro, descrito no artigo 242, prevê pena de dois a seis anos de reclusão, crimes contra a família, parto suposto ou registro de terceiro como se fosse seu e o seu parágrafo único preceitua que se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza a pena será de detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena ou do contrário pode anular ou tornar nulo o registro, o juiz poderá pedir a busca e apreensão da criança encaminhando a mesma para um abrigo por onde esperará pela regularidade da adoção ou inclusão numa nova família.

De acordo Tatiana Paula Wagner ( LAUAND , 2007).

”existem muitos motivos para a prática da adoção à brasileira, dentre eles está a esquiva de um processo judicial para adoção, demorado, dispendioso e o medo de não ser concedida a adoção pelos meios regulares, aguardando uma sentença judicial, que analisa os requisitos, caso o adotante não esteja apto, rejeitará o pedido”.

O processo de adoção no Brasil é burocrático, legalista, muitos acreditam que seja mais fácil burlar o sistema que é rígido que encará-lo, do contrário nega a oportunidade ao menor em conhecer sua verdadeira origem, sua história, o Estatuto da Criança e do adolescente traz uma medida protetiva chamada colocação em família substituta que pode se dar por uma adoção e é apenas permitida quando não tem como manter o menor na sua família natural, colocar filho para adoção não é crime, o correto é que a mãe que após o parto não tenha interesse ou possibilidade de ficar com o filho seja atendida por uma equipe especializada, sendo uma condição de miséria existem programas que a mesma pode ser incluída, mas se for uma decisão final que essa criança entre na fila para que ache uma família.

Nas décadas de 60, 70, 80 e até 90 a justiça abençoava muito mais essa prática por entender que já existiam vínculo de afeto, mas desde 2009 com a lei de adoção, determina que as pessoas interessadas em adotar precisam estar inscritas no cadastro nacional de adoção e participem de um processo que definirá aptidão para adoção, só depois entrarão numa fila que seguirá uma ordem para o processo de adoção.

Analisando por outro viés, nota-se que em muitos casos quem faz uso desse ilícito penal visa o bem estar ou até o melhor interesse da criança, também aposta fugir de um processo judicial de adoção demorado, o medo da negativa da adoção faz com que faça o processo à revelia por incertezas de causar um dano maior ao menor indefeso com pais biológicos sem interesse ou que muitas vezes sem condições econômicas e sociais alguma para criar a criança, entregam aos cuidados de outra pessoa de sua confiança de forma gratuita ou onerosa, o problema encontrado para quem recebe uma criança é que com o passar dos anos ela precisa ir para escola e seus documentos são necessários para a matrícula,

acompanhamento médico e etc., ai chega a necessidade de escolher entre a legalidade ou ilegalidade, muitas vezes a decisão vem pelo falso registro no cartório, registrando a criança como sendo seu próprio filho, mas é claro que tal ato pode ser praticado por questões beneméritas e de piedade, amor, compaixão ao próximo e por isso o legislador coloca a possibilidade do perdão judicial, mas por outro lado há pessoas que praticam essa conduta por maldade, roubam a criança e registram como se fosse seu próprio filho, a exemplo de um caso famoso foi :

O da senhora Vilma Martins Costa, ela ficou conhecida quando foi condenada pelos sequestros de dois bebês, um deles Pedro Rosalino Braule Pinto, o Pedrinho, levado de uma maternidade de Brasília, em 1986, levou o menino com apenas 13 horas de vida da maternidade, com destino à Goiás, registrou o menino como se fosse seu, quando se descobriu Pedro tinha 17 anos, a mesma foi condenada. Pedrinho se encontrou pela primeira vez com os pais biológicos em novembro de 2002, mas continuou morando em Goiânia com as irmãs. Somente no ano seguinte, ele se mudou para Brasília, onde passou a viver com Jayro, Maria Auxiliadora e os irmãos biológicos. O jovem cursou direito, tornou-se advogado, casou-se e teve o seu primeiro filho. Durante todo esse período, ele manteve contato com Vilma Martins. No caso em questão a relação de afinidade entre Pedro e seus pais biológicos ficou absolutamente desgastada e comprometida, porque não havia laços de afetividade entre eles, nesse caso foi injusto tanto para a família quanto para o menor à época.

Segundo Bordallo (2010, p. 255), a adoção à brasileira não poderia ser considerada um tipo de adoção, assim como a adoção internacional, bilateral, e as outras, por não ser um procedimento de adoção, mas sim o registro do filho de outra pessoa como se biológico fosse.

Muitas vezes os pais biológicos optam pela adoção intuitu persona, que versa sobre o tipo de adoção em que os pais adotivos são selecionados pelos pais biológicos, os primeiros, na maioria dos casos, são de classe bem remunerada tendo melhores condições que os pais biológicos, especialistas tem visto a destituição do poder familiar como um trauma para o menor. E é de suma importância a aplicação dos princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente, como a preservação do melhor interesse para criança.

De acordo com Gueiros: (2008, p. 21):

“Os sentimentos humanitários podem ser despertados por aquelas situações de crianças colocadas à porta, ou que parentes e amigos oferecem por não haver quem as crie, seja por morte dos pais, seja porque estes não dispõem de condições econômicas ou psicológicas de criá-las”.

No entanto, a adoção “arranjada” não é aceita pelo regulamento jurídico brasileiro, considera-se uma burla ao ECA, o qual prioriza aqueles interessados em adotar que estão cadastrados no CNA – Cadastro Nacional de Adoção.

Segundo Bordallo (2012, p. 228):

“A adoção é o grande exemplo da filiação socioafetiva, seu único elo é o afeto, que deve prevalecer sobre tudo. Toda criança/adolescente que tem a possibilidade de ser adotada já passou por um momento de rejeição em sua vida, tendo conseguido obter e dar amor a um

estranho que vê, agora, como um pai, superando o sentimento de perda. Não se justifica que, em nome ao respeito a uma regra que tem a finalidade única de dar publicidade e legalidade às adoções, o sentimento, o sustentáculo da adoção, seja colocado em segundo plano e a criança seja obrigada a passar por outro drama em sua vida, sair da companhia de quem aprendeu a amar. Em alguns casos justifica-se não aplicação da lei de adoção em virtude da socioafetividade, que na ponderação se sobrepõe à legalidade.

Assim sendo é preciso lembrar sempre do aspecto afetivo como nos diz Venosa (2004)“Lembremos, porém, que a cada passo, nessa seara, sempre deverá ser levado em conta o aspecto afetivo, qual seja, a paternidade emocional, denominada socioafetiva pela doutrina, que em muitas oportunidades, como nos demonstra a experiência de tantos casos vividos ou conhecidos por todos nós, sobrepuja a paternidade biológica ou genérica. A matéria é muito mais sociológica ou psicológica do que jurídica. Por essas razões, o juiz de família deve sempre estar atento a esses fatores, valendo-se, sempre que possível, dos profissionais auxiliares, especialistas nessas áreas”. (2004, p 282.)

Sabe-se que os motivos que levam as pessoas a praticarem adoção sem passar pelos trâmites legais são:

1-O desejo de constituir família

2-O abandono a própria sorte de crianças e adolescentes que são introduzidas nas famílias de forma natural, muitas vezes por amizade e afetividade.

3-Por puro egoísmo

De acordo com o ECA, art. 136, inciso IV, como uma das atribuições do conselho tutelar deve dar notícia de infração penal ou infração administrativa ao Ministério Público notícia de fato que contra os direitos da criança ou adolescente e de acordo com o ECA, no artigo 10 da lei informa que os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:

I - Manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos;

II - Identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente;

III - proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais;

IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato;

V - Manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe.

#### **4. O processo de habilitação da adoção**

O processo de adoção é gratuito e deve ser iniciado na Vara de Infância e Juventude mais próxima da residência do interessado. Segundo dados do CNJ a idade mínima para se habilitar à adoção é 18 anos, independentemente do estado civil, desde que seja respeitada a diferença de 16 anos entre quem deseja adotar e a criança a ser acolhida. Já nas comarcas em que o novo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento tenha sido implementado, é possível realizar um pré-cadastro com a qualificação completa, dados familiares e perfil da criança ou do adolescente desejado, deve levar os documentos já elencados no ECA, os documentos apresentados serão autuados pelo cartório e serão remetidos ao Ministério Público, mas que possivelmente dependendo do Estado serão solicitados outros, inicialmente os documentos solicitados são os descritos abaixo:

- 1) Cópias autenticadas: da Certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável;
- 2) Cópias da Cédula de identidade e da Inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF);
- 3) Comprovante de renda e de residência;
- 4) Atestados de sanidade física e mental;
- 5) Certidão negativa de distribuição cível;
- 6) certidão de antecedentes criminais

Uma das fases mais importantes e esperadas pelos postulantes à adoção é a avaliação realizada pela equipe interprofissional, estes serão avaliados por uma equipe técnica multidisciplinar do Poder Judiciário, essa fase visa conhecer as motivações e expectativas dos candidatos à adoção; analisar a realidade sociofamiliar; avaliar, por meio de uma criteriosa análise, se o postulante à adoção pode vir a receber criança/adolescente na condição de filho; identificar qual lugar ela ocupará na dinâmica familiar, bem como orientar os postulantes sobre o processo adotivo, em seguida é incluído em participação em programa de preparação para adoção que é requisito legal previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seguida será a vez da Análise do requerimento pela autoridade judiciária que é partir do estudo psicossocial, da certificação de participação em programa de preparação para adoção e do parecer do Ministério Público, que o juiz proferirá sua decisão, deferindo ou não o pedido de habilitação à adoção, depois é a vez do Ingresso no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento com o deferimento do pedido de habilitação à adoção, os dados do postulante são inseridos no sistema nacional, observando-se a ordem cronológica da decisão judicial, procurando uma família para a criança/adolescente:

Quando se investiga uma família para uma criança/adolescente cujo perfil corresponda ao definido pelo postulante, este será contatado pelo Poder Judiciário, respeitando-se a ordem de classificação no cadastro. Será apresentado o histórico de vida da criança/adolescente ao postulante e, se houver interesse, será autorizada aproximação com ela/ele para que se construa vínculo: caso a aproximação tenha sido bem-sucedida, o postulante iniciará o estágio de convivência, a partir daí a criança ou o adolescente passa a morar com a família, sendo acompanhados e orientados pela equipe técnica do Poder



Judiciário. Pelo prazo máximo de 90 dias, prorrogável por igual período. ,os pretendentes terão 15 dias para propor a ação de adoção que competirá ao juiz verificar se houve adaptação e vinculação socioafetiva da criança/adolescente e de toda a família. Se as condições forem favoráveis, o magistrado profere a sentença de adoção e determina a confecção do novo registro de nascimento, já com o sobrenome da nova família. Desse momento em diante a criança/adolescente passa a ter os direitos de um filho tendo prazo máximo para conclusão da ação de adoção será de 120 dias, prorrogáveis uma única vez por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

## **5-. Dados do Cadastro Nacional de Adoção**

Há uma lista de pessoas para adotar e para serem adotados e os índices indicam que a lista para adotar é muito maior do que pessoas para serem adotadas, a preferência é por crianças em tenra idade, recém nascidas, dito isso e observando os dados abaixo , nota-se que a fila é muito grande para adoção.

Atualmente os principais cadastros implantados são o Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos (CNCA), ambos administrados pelo Conselho Nacional de Justiça. O objetivo dos cadastros é controlar o sistema de adoção e evitar a manipulação na relação adotante/adotado. Ocorre que o perfil das crianças e adolescentes cadastrados no CNA destoam do perfil das crianças pretendidas, inclusive porque há grande demora para as crianças serem cadastradas e poucas famílias aceitam adotar maiores de quatro anos de idade. O SNA teve seu lançamento em outubro de 2019 e implantado nacionalmente em 2019.

De acordo com os dados apontados pelo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) , dados atuais de 04 de agosto de 2020, afirmam que no Brasil havia 32.142 mil por UF entre crianças e adolescentes acolhidas, a região sudeste é a que mais acolhe com e a região brasileira que menos acolhe é a norte 15,52 k, em se tratando de etnia , 5,2 k de crianças acolhidas são pardas, 3,7 k são brancas , 1,63k são crianças pretas acolhidas e etnia não informada, 21,5 k, a maioria adotada é sem irmão, pessoa com deficiência , maior de 15 anos, 8,2 k em sua maioria A maioria são adolescentes em 60% , já a divisão entre os gêneros é quase idêntica. No painel verifica-se que há atualmente 36.706 pretendentes a adoção, dos quais mais de 40% aceitam crianças ou adolescentes acometidos por doenças. Também podemos visualizar que, após o lançamento, já foram realizadas quase 2.800 adoções.

Crianças disponíveis para adoção: 5.233

Pretendentes disponíveis e crianças para adoção: RS é aonde tem mais crianças disponíveis para adoção

Crianças em processo de adoção:3.195, maioria parda 33,3 PORCENTO e minoria amarela COM 3,2

Maioria sem deficiência

Em processo de adoção :7,2 por cento com problemas de saúde

Sem irmão maioria adotada 1,79 k, minoria adotada com irmãos 7,9 por cento.

Pretendentes na presente data no Brasil: 37.036

## 6. Consequências penais.

Esse comportamento é praticado no Brasil há muitos anos, sendo impossível determinar quando iniciou e quantas pessoas ingressaram no seio familiar por meio dele, mas podemos afirmar que as consequências jurídicas estão listadas a seguir:

No capítulo II, título VII da parte especial do cp, a adoção à brasileira é tipicamente descrita como um crime contra a família, mas especificamente tratando dos crimes contra o Estado de filiação. Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido

Observa-se que o art. 243 configura que deixar em asilo de expostos ou outra instituição de assistência filho próprio ou alheio, ocultando-lhe a filiação ou atribuindo-lhe outra, com o fim de prejudicar direito inerente ao estado civil incorre em pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Observa-se que o enunciado está em desuso em parte porque não existe mais asilo de expostos, instituição acolhedora, unidade de acolhimento ou entidade e não mais como abrigo. Deixar uma criança que pode ser filho do agente criminoso ou pode deixar o filho de outra pessoa, desde que tenha o fim de prejudicar, é claro que pode ter um propósito de nobreza, as entidades de acolhimento foram criadas justamente por isso, então a conduta criminosa vai além, é aquela que vem no intuito de prejudicar ocultando a filiação ou atribuindo outra filiação que não é a verdadeira, deixar é entregar a criança a instituição, seria uma conduta positiva, ativa e não negativa, é um crime próprio, se o filho for próprio, quando é de outra pessoa é um crime comum, pode ser praticado por um único agente é monosubjetivo, pode ser plurisubistente a realização da conduta criminosa pressupõe atos distintos, é um crime doloso e é formal, a consumação não exige que deixe a criança lá e efetivamente cause prejuízo, a finalidade aí do agente é prejudicar o estado civil da criança, no caso o legislador coloca na definição típica como finalidade, portanto estamos diante de um tipo formal, porém é possível que o agente não consiga prejudicar aquela criança no que tange o direito ao estado civil.

A conduta conhecida como "adoção à brasileira", incorre no princípio da consunção que tem a eventual falsidade como crime-meio utilizada para a prática do delito previsto no art. 242 e o crime-fim ficará por este absorvida. Descreve o Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

A prática o crime previsto no parágrafo único do art. 242 do Código Penal (supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido) quem, mesmo que por

motivo nobre, registra em nome próprio filho de outrem, o crime se configura, motivo nobre dá causa apenas de diminuição ou extinção da pena, podendo o juiz aplicar o perdão judicial.

Já nos casos de sonegação de estado de filiação o Parágrafo único, diz que se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza a pena será de detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena, nesse aporte contempla crimes materiais ou causais. Tipo penal misto cumulativo e alternativo.

O elemento subjetivo: dolo independentemente de qualquer finalidade específica para as condutas dar e registrar. E sendo específico para as condutas dar e substituir. Em todos os casos não se admite modalidade culposa.

Já a tentativa é possível em todas as modalidades e será de ação pública: incondicionada, no entanto o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva começa a contar da data em que o fato se tornou conhecido pela autoridade pública que tenha poderes para apurar, processar ou punir o responsável pelo delito. art. 111, IV CP. Observe o que diz o código penal:

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - Nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Assim, seu objeto jurídico: é o estado de filiação, a instituição familiar e a regularidade do registro civil sendo o objeto material o registro civil ou o recém-nascido dependendo da conduta criminosa praticada, é classificado como uma hipótese de falsidade ideológica.

Núcleo do tipo: O tipo penal contém quatro condutas criminosas distintas:

Dar parto alheio como próprio: o núcleo do tipo é dar, no sentido de atribuir para si a maternidade de filho alheio. Não é necessário o registro civil, que conduz à figura subsequente. O comportamento criminoso é simular uma gravidez como considerar como seu o parto de outra mulher, é assumir a condição de mãe sem que ela seja, já na situação inversa não há crime, no caso dar parto próprio como alheio. Crime próprio ou especial, pois só pode ser cometido por mulher, admite coautoria e participação, inclusive da parte da mãe biológica nas demais pode ser praticado por qualquer pessoa. Seriam esses os sujeitos ativos, se consuma e a suposição do parto ou na gravidez real.

O sujeito passivo seria o Estado.

Registrar como seu filho de outrem: o núcleo do tipo é registrar, ou seja, fazer constar no registro uma filiação inexistente, é necessário a lavratura de um registro, essa conduta é praticada de forma recorrente e é conhecida como adoção a brasileira, se dirigiam ao cartório, apontavam um pai, era uma forma de adotar sem observar a legislação, o propósito ficou conhecido como altruísta, ficou assim denominado com as práticas ao longo dessa prática, e que nesses casos cabe perdão judicial, a partir daqui o registro é condição para existência do tipo penal.

Ocultar recém-nascido , o tipo é esconder, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: esconder o recém- nascido, evitando seu registro e alijando-o dos direitos inerentes ao seu estado civil, o tipo penal não se refere ao nanimorto, pois não tem estado civil, consumação se dá no momento da troca da criança que nasceu morta por outra e o crime é permanente, ocorre na ocultação

Substituir recém-nascido , o núcleo é substituir, trocando-o um por outro, provocando alteração ou supressão no estado civil dos neonatos, que passam a integrar família diversa da biológica, nasceu uma criança viva e coloca uma no lugar do outro, se trocar o vivo pelo morto , há crime, mas se tomar p si filho natimorto, não há crime, a doutrina entende dessa forma. Não se admite em nenhuma hipótese em nenhuma delas a modalidade culposa e ação penal é incondicionada.

Trata-se, portanto, de elevado potencial ofensivo, não se aplica a lei 9.099/1995.

Perdão judicial: 242 § único , traz um menor potencial ofensivo, compatível com a transação penal e com o rito sumaríssimo, nos moldes da lei 9.099/ 1995, é aplicado somente as duas primeiras modalidades do delito, há incompatibilidade entre ocultar e substituir pois leva em conta a finalidade específica que foi de alterar ou suprimir estado civil, mas motivo de reconhecida nobreza é o que revela caridade, altruísmo portanto boa fé e a generosidade de alguém. O juiz tem duas opções nesse caso:

Mais favorável: concede o perdão judicial que é causa extintiva de punibilidade art. 107, IX cp

Menos favorável: aplica a pena diminuída, são observados diversos parâmetros, especialmente as condições pessoas do réu.

Legislação penal especial: art. 229 da lei 8.069/1990 ECA prevê crime específico para agentes de saúde que facilitarem as figuras penais descritas.

As duas últimas condutas apresentam relação de alternatividade, se o agente realizar ambos os núcleos do tipo, referente ao mesmo objeto material, responderá por um único delito.

Portanto, há quatro condutas criminosas descritas nesse mesmo artigo, com a finalidade destacada, como o propósito de suprimir o direito inerente ao estado civil dessa criança. O propósito do agente é interferir no direito civil desse recém-nascido, seja suprimindo esse direito civil, seja alterando, é uma conduta criminosa bastante complexa pois existe quatro tipos penais no ,mesmo artigo, todos comportam tentativa, o momento consumativo varia, uma vez que temos essas quatro situações diversas. É um crime instantâneo.

O dolo do agente é a especial finalidade de agir, o propósito de alterar e suprimir o estado civil da criança.

O perdão judicial poderá o juiz deixar de aplicar a pena, é isento de pena é um tratamento especial, excepcional ao princípio da inevitabilidade e inderrogabilidade, quando alguém pratica uma crime mesmo tendo autoria e materialidade, a resposta penal é a pena

mesmo tento, apesar da conduta ser dolosa, tem tipicidade formal, mas poderá dar, porque ele deixa de aplicar, porque tem nobreza, porque assegura o recém-nascido, o afeto que o agente tem ao outro, o agente registra faz isso com um propósito de ajudar a criança, sendo um ato altruísta, ele apenas a pena menos que diz no caput ou perdão judicial

.A autoria e materialidade do delito em questão restam indiscutivelmente comprovadas, uma vez que houve confissão do crime por parte da ora apelante, bem como através da respectiva certidão de nascimento comprovando o registro da criança em nome da ora apelante e de seu namorado à época dos fatos; 2. É desnecessário averiguar se houve consentimento dos pais biológicos para a prática do crime ora em análise. 3. A constatação de tal anuência é totalmente despicienda, pois o próprio tipo legal não faz esta exigência, sendo forçoso concluir da interpretação literal da norma, que a consumação se dá com o simples ato de registrar como seu o filho de outrem.

Na primeira modalidade descrita no tipo (dar parto alheio como próprio), somente a mulher pode ser sujeito ativo, configurando-se crime especial próprio. Nos demais delitos (registrar como seu filho de outrem, ocultar recém-nascido ou substituí-lo, com o objetivo de alterar direito inerente ao estado civil), pode ser qualquer pessoa.

Para as quatro modalidades exige-se dolo. Entretanto, para as duas últimas exige-se também o elemento subjetivo do injusto, consubstanciado na intenção de suprimir ou alterar os direitos decorrentes do estado civil.

Na primeira modalidade a consumação ocorre com a configuração de uma situação duradoura, que caracterize uma família, já na segunda modalidade a consumação ocorre com o registro levado a cabo e nas outras duas hipóteses, com a alteração ou supressão de direitos civis.

Privilégio ou perdão judicial (§ único, art. 242, CP): quando o crime for cometido por motivo de reconhecida nobreza, o agente terá a pena atenuada ou até mesmo ser-lhe-á concedido o perdão judicial.

A mulher que dá parto próprio como alheio responderá pelo delito de falsidade, do artigo 299, do CP.

Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

## **7-. Atualizações legislativas sobre adoção à brasileira, princípios, jurisprudência e doutrinas usadas para o instituto- lei 13.509/17 .**

A grande alteração em relação à adoção ocorreu através da Lei n.º 13.509 de 22 de novembro de 2017, a lei de adoção tinha como prioridade a família natural, mas com a alteração da lei a criança deve ser colocada em família substituta de forma que o processo seja julgado mais rápido, a nova lei veio com a finalidade de facilitar o instituto da adoção no Brasil. O diploma alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90) e também na Consolidação das Leis do Trabalho (decreto-lei 5.452/43).retirando a sua regulamentação

do corpo do Código Civil. O detalhamento do procedimento da adoção, então realizado, demonstra inegáveis boas intenções do Poder Legislativo, cujo intuito foi evitar o aumento de “adoções à brasileira” e salvaguardar o melhor interesse do indivíduo em formação, alguns críticos esclarecem que não houve grandes mudanças porque na prática as adoções já aconteciam tendo prioridade a permanência dos irmãos em uma mesma família, as licenças maternidades já eram feitas nas situações fáticas, assim como preferências para crianças e adolescentes com alguma enfermidade e que a realidade é muito mais dura, que são necessárias mudanças políticas no legislativo e infraestrutura do judiciário para que proporcione o cumprimento efetivo dos processos.

No que tange às mudanças no ECA, estabelece uma série de critérios e requisitos, reduz alguns prazos com relação ao processo de adoção, o primeiro ponto importante é a entrega voluntária de crianças e adolescentes, informa o processo legal que deve ser observado quando acontece de uma mãe querer entregar seu filho para adoção, a um prazo de 90 dias para a busca da família extensa, se não encontrar é automaticamente colocada para adoção, o objetivo da mudança é agilizar e simplificar ao máximo o processo de adoção para que tenham mais crianças adotadas e menos crianças em abrigos.

As alterações significativas da CLT os pais adotivos tem agora os mesmos direitos de pais biológicos como: licença maternidade de 120 dias agora além de apenas para adoção de crianças, também para aqueles que adotarem adolescentes (ou licença paternidade de igual período a homens que adotarem sozinho, estabilidade provisória no emprego e direito de repouso para alimentação. O código civil foi alterado para incluir uma nova hipótese de perda familiar, nos casos em que pai ou mãe entrega irregularmente o filho para ser adotado.

O objetivo é acrescentar a proteção conferida às crianças e aos adolescentes prevista no art. 227 da Constituição Federal e concretizar o que está disposto no § 6º: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Já a lei 12.010/09, veio com objetivo garantir a irreversibilidade na adoção de crianças, adolescentes e jovens, tem a finalidade de protegê-los e evitar qualquer remorso superveniente por parte dos adotantes. Ocorre que a referida rigidez no procedimento de adoção acabou contribuindo para a morosidade do próprio instituto.

Assim, há várias jurisprudências sobre casos de adoção à brasileira, as quais preceituam que só pode ser considerado nulo o registro de nascimento quando não houver se constituído um vínculo afetivo entre os adotantes e o adotado. Portanto, já é praticamente unânime que sejam utilizados os princípios do ECA, bem como a socio afetividade, sobreposto a legislação criminal vigente, pois se é observado que na maioria dos casos, tirar uma criança de um local onde já foi inserida, adaptada e com os vínculos afetivos formados, seria bastante prejudicial, nestes casos é autorizada a flexibilização do procedimento de adoção legal para que aqueles pais tenham o real direito de filiação para com a criança, deixando a situação de ser irregular.

Conforme se verifica em decisões abaixo, a interpretação da lei observa a necessidade de um estudo social que considera o interesse da criança e o caso em concreto.

Segundo a ministra Nancy Andrichi, a 3ª turma do STJ, no julgado de (HC 385.507) de 27/02/2013, sobre adoção à brasileira afirma que:

“A brusca ruptura desses laços formados com a família adotante pode ser potencialmente devastadora para a criança, ainda mais que não há juízo de certeza sobre o futuro da adoção”.

Em 25 de junho de 2014, o Tribunal do Estado de Santa Catarina (TJSC) negou provimento ao recurso do Ministério da Relações Públicas contra um homem que registrou seu filho, a chamada adoção brasileira. O perdão judicial estipulado no artigo 242 do Código Penal foi aplicado.

Nesse caso, a mãe biológica da menina não conseguiu criar outro filho (porque ela já tinha quatro filhos), e quando soube que estava grávida, decidiu doá-lo. A mãe biológica combinou com um casal a entrega do bebê, e, ao receber a criança, no dia de seu nascimento, o homem a registrou em cartório como sua filha e de sua companheira.

Nesse caso, a relatora, desembargadora Salete Silva Sommariva, entendeu que o réu não procurou agradar a si mesmo e, considerando que sua ex-companheira não poderia engravidar, planejou adotar esse método de adoção. Há evidências de que o comportamento praticado é de um nobre reconhecido, podendo-se admitir que o réu não se aproveitou da situação de instabilidade da mãe porque a ajudou financeiramente desde o início, sempre oferecendo uma condição digna para o desenvolvimento da criança, no caso em questão também disse não foi verificada qualquer prestação pecuniária em troca da adoção, o que reforça o caráter humanitário do ato e que o réu procurou criá-la como se sua filha fosse, e a registrou com seu sobrenome.

Outro julgamento em agosto de 2017 resultou na guarda da criança pelos pais adotivos criando temporariamente a criança até que o processo normal de adoção fosse concluído. Nesse caso, a criança foi abandonada pela mãe biológica aos 17 dias de vida e foi encontrada em uma caixa de papelão na frente da casa.

## **Conclusão**

Destarte, buscou-se com esse estudo, atualizar o estudo sobre o tema bem como ampliar esse debate tão necessário atualmente, a finalidade não foi esgotar a referida abordagem e sim reconhecer que a adoção tem como alvo estabelecer a criança ou adolescente em um lar que possa substituir a sua família biológica, para garantir suas vidas em um ambiente protegido e que sejam cuidadas e tenham condições de amar e ser amadas.

Uma família pode consistir em um casal, solteiro, divorciado, estrangeiro viúvo etc... A adoção é um ato irrevogável, que impõe obrigações ao adotante e direitos ao adotado. Por exemplo, em uma filiação biológica, envolve várias etapas, como entrevistas, cursos de preparação para educação psicológica, etapas de convivência, entre outros e que gera efeitos como: vínculo de paternidade, obrigação alimentar, direito ao nome e poder familiar.

Contudo, determinadas pessoas ignoram esse procedimento e confiam na ilicitude como uma forma de conseguir o intento e adotam de forma irregular conhecida como adoção à brasileira ou simulada, registrando assim filho de outra pessoa como seu, gerando

consequências jurídicas ,como : falsidade ideológica para quem adota e perda do poder familiar, mas que muitas vezes são aplicados o perdão judicial por muitos tribunais entenderem existir um vínculo socioafetivo entre as partes, chamada assim filiação socioafetiva, apesar de que essa prática pode ajudar em outros crimes como o tráfico e a venda de crianças por não passar pelos trâmites legais, facilita a prática de outros crimes. Nos casos de adoção à brasileira a sanção poderá ser mais branda se comprovada à estabilidade e a segurança física e emocional da criança, a fim de preservar a filiação afetiva já existente entre o adotado e os pais adotivos, levando em consideração os direitos e garantias fundamentais e a proteção integral ao menor.

Portanto, podemos observar através da nossa atual legislação, que há um rigor com os casos de adoção à brasileira, mas que esta não se sobrepõe à realidade dos fatos dos casos concretos, visto que, quando se fala em crianças e adolescentes há uma flexibilização do regramento vigente procurando aquilo que seja melhor para os menores levando em consideração a socio afetividade , entre o conflito de interesse prevalece a boa fé e melhor interesse da criança, a justiça acaba a promover a regularização da adoção com a finalidade de preservar o bem estar da criança.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Domingos. **No bico da cegonha: Histórias de adoção e da adoção internacional no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia. (Org.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 197 – 266.

BRASIL . **STJ divulga casos em que aceitou e rejeitou "adoção à brasileira"**. Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2018-fev-04/stj-divulga-casos-aceitou-rejeitou-adocao-brasileira>. Acesso em : 01 de outubro de 2020

BRASIL. **Código Civil. LEI N o 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em : 09 jul. 2020

BRASIL. **“Adoção à brasileira” ainda é muito comum**. . Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/adocao-a-brasileira-ainda-e-muito-comum.aspx#:~:text=%E2%80%9CQuem%20procura%20crian%C3%A7a>. Acesso em : 01 de outubro de 2020

BRASIL. **Agência Brasil explica: como é o processo de adoção no país**. Disponível em : <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-02/agencia-brasil-explica-como-e-o-processo-de-adocao-no-brasil>. Acesso em : 01 de outubro de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em : 09 jul. 2020



BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990.** Disponível em : [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em : 09 jul. 2020

BRASIL. **Adoção à brasileira: STJ julga três casos mantendo situação de crianças.** Disponível em : <https://migalhas.uol.com.br/quentes/275246/adocao-a-brasileira--stj-julga-tres-casos-mantendo-situacao-de-criancas>. . Acesso em : 01 de outubro de 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Adoção à brasileira e a (im)possibilidade de anulação do registro segundo o STJ. Jusbrasil.** Disponível em: [Clique aqui](#) Acesso em: 30 jun. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNA – **Cadastro Nacional da Adoção.** Relatórios estatísticos. Disponível em: [Clique aqui](#). Acesso em 10 jun. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 9.<sup>a</sup> ed, São Paulo, revista dos tribunais ,2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Direito de Família.** 26º edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Cleber, **código penal comentado**, 6<sup>a</sup> ed.rev., atual e amp.- RJ: Forense.2018

MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança. Texto inserto da obra coletiva: Princípios do Direito Civil Contemporâneo.** Coordenadora: MORAES, Maria Celina Bodin de. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL** Rio de Janeiro/RJ : Editora Renovar, 2006, p. 471.

MOREIRA, Fabrina Aparecida de Araújo. **Adoção à brasileira.** Universidade Presidente Antônio Carlos. Disponível em: [Clique aqui](#). Acessado em: 09 jul. 2018.

NASCIMENTO, Joacinay Fernanda do Carmo. **Adoção à brasileira.** Âmbito Jurídico. Disponível em: [Clique aqui](#). Acesso em: 29 jun. 2018.

PLANALTO. **História da adoção no mundo.** Disponível em:<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.aspx#:~:text=Na%20Roma%20Antiga%2C%20era%20exigida,consolo%E2%80%9D%20para%20os%20casais%20est%C3%A9reis>. Acesso em: 13 de outubro de 2020.

SENADO FEDERAL. **Adoção “à brasileira” ainda é muito comum.** Disponível em: [Clique aqui](#). Acesso em: 15 jun. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família.** 9º edição. Rio de Janeiro: Editora Forense,2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. Vol VI. **Direito de família.** 5<sup>a</sup> ed, São Paulo. Ed Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2014

## A POSSIBILIDADE DE O ACADÊMICO DE DIREITO PRESTAR ACONSELHAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

**HELIO JOSÉ RAMOS CARNEIRO DE CAMPOS:**  
Bacharelado do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador e estagiário do Ministério Público do Estado da Bahia.

JOÃO BOSCO VIRGENS SANTOS

(orientador)<sup>153</sup>

**RESUMO:** O presente artigo traz a tona um tema original, consistente na averiguação da possibilidade de o acadêmico de direito prestar aconselhamento jurídico mediante remuneração no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, tendo em vista que neste, as partes possuem capacidade postulatória, nas causas de até 20 (vinte) salários mínimos. Percorremos pela legislação vigente no país, que abordam o tema de forma indireta, podendo-se destacar a Lei 1.050/60 (Lei de Assistência Judiciária Gratuita) e o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como jurisprudências que complementam o tema. A metodologia utilizada foi a pesquisa de campo, consubstanciada pelo instrumento da entrevista estruturada, abrangendo os indivíduos diretamente envolvidos nos processos. Utilizamos ainda a técnica da análise de conteúdo, onde confrontamos os diversos argumentos expressados pelos entrevistados, passando a concluir que, apesar de existirem posições a favor e outras contra a possibilidade do aconselhamento jurídico por acadêmicos de direitos, não há no arcabouço jurídico atual proibição a esta nova modalidade de atividade jurídica, de sorte que esta se mostra compatível com as regras e princípios vigentes, favorecendo ao “desafogamento” do Judiciário, implementando a paridade de armas às pessoas que não estejam sendo assistidas por advogados, além de possibilitar a evolução prática-jurídica dos acadêmicos de direito.

**PALAVRAS CHAVE:** Aconselhamento jurídico; Acadêmico de direito; Juizados Especiais Cíveis.

**ABSTRACT:** This article brings up an original theme, ascertainment the investigation of the possibility of the academic law provide legal advice for remuneration under the Special Civil Courts, considering that this, the parties have capacity pleading, the cause of up to 20 (twenty) times the minimum wage. Traveled by the laws of the land, that address the issue indirectly, may be noted the Law 1.050/60 (Free Legal Assistance Act) and the Statutes of the Order of Lawyers of Brazil, as well as jurisprudence that complement the theme. The methodology was field research, embodied by the structured interview instrument, covering individuals directly involved in the processes. We also use the technique of content analysis, where we confront the many arguments expressed by the interviewees, from the conclusion that, although there are other positions for and against the possibility of legal counseling for academic rights, there is no legal framework in the current ban this new type of legal activity, so that this proves compatible with the existing rules and principles, favoring the "bottlenecking" the judiciary, implementing parity of weapons to people who are not being

---

153 Orientador. Advogado e professor de direito processual civil e processual do trabalho da Faculdade Católica do Salvador.

assisted by lawyers, in addition to allowing the practical evolution and legal academics of law.

**KEY WORDS:** Legal Advice; Academic law; Special Civil Courts.

## INTRODUÇÃO.

O presente artigo consubstancia um tema até então inédito, inovando na seara jurídica e social ao trazer à tona uma relevante questão que, sem dúvida, irá repercutir de forma positiva não só no âmbito das universidades, mas também diante de todo o sistema jurídico brasileiro.

A escolha do inusitado tema reflete uma experiência pessoal, como estudante de direito, ao longo de uma intensa *praxe* jurídica, tendo estagiado em diversas áreas, primeiramente em escritórios de advocacia, na área Cível, e posteriormente na esfera pública, primeiro na Justiça Federal e, atualmente, no Ministério Público do Estado da Bahia.

Durante essas experiências, venho observando que invariavelmente sou procurado por diversas pessoas e em variados locais para orientá-las e esclarecer-lhes acerca das mais variadas questões jurídicas.

Nesse sentido, alguns dias após orientar a uma pessoa conhecida, me veio o *insight*: será que o arcabouço jurídico brasileiro proíbe que acadêmicos de direito prestem aconselhamento jurídico a particulares, mediante remuneração?

É notório o conhecimento de que os Juizados Especiais Cíveis dispensam a presença de advogados nas causas cujo valor não ultrapassem a 20 (vinte) salários mínimos. Diante dessa informação, existiria óbice a uma parte que não deseje contratar um advogado pelo baixo valor da causa, mas que deseje obter informações e táticas processuais com um acadêmico de direito, mediante remuneração?

Até este ponto, o leitor atento deve estar pensando que o autor é um louco, que tal mudança nunca ocorrerá, que se trata de uma discussão inócua, porém, clamo-vos a ter um pouco de paciência e ler até o final, para só depois tomarem uma decisão segura.

É claro que assim como qualquer exercício ou atividade que envolva direitos subjetivos deve ser feito com segurança, sendo recomendado o seu exercício apenas por estudantes que estejam no último ano do curso, onde já tenham tido a oportunidade de estagiar tanto fora da faculdade como nos cursos internos de prática jurídica. Ademais, aqui não há de se falar em responsabilidade do estudante, na medida em que o seu parecer será meramente opinativo, não retirando o *ius postulandi*, que continuará sendo da parte legítima.

Ora, no que tange ao “profissionalismo” dos acadêmicos de direito quando no exercício da função de estágio, percebe-se que estes atuam muitas vezes de forma autônoma, sem a posterior análise da sua atuação por aquele que seriam o seu responsável. Tal atuação independente ocorre tanto em escritórios de renome, como em órgãos públicos, podendo-se citar como exemplo a Defensoria Pública, onde os estagiários recebem diretamente as partes, aconselhando-as sobre a viabilidade ou não da sua pretensão, além de explicar os mais

recentes andamentos processuais, só procurando os Defensores em casos extremos, ou seja, excepcionalmente.

Atento a esta importante função exercida pelos estagiários, o festejado doutrinador Lenio Streck estabeleceu em seu artigo intitulado A tomada do poder pelos estagiários e o novo regime publicado na revista eletrônica **Consultor Jurídico** que:

Os estagiários ainda não assumiram o poder – falo agora de *terrae brasilis* - porque não estão (ainda) bem organizados. Deveriam aderir à CUT. Em alguns anos, chegariam lá. Dia desses veremos os muros pichados com a frase “TODO O PODER AOS ESTAGIÁRIOS”. Afinal, eles dão sentenças, fazem acórdãos, pareceres, elaboram contratos de licitação, revisam processos... Vão ao banco. Sacam dinheiro. Possuem as senhas. Eles assinam eletronicamente documentos públicos. Eles decidem. Têm poder. Eu os amo e os temo.

Passemos agora a aprofundar o tema, que conterà a opinião e pontos de vistas de Defensor Público, Promotor, Cidadão e estudante de direito, de forma a elucidar e aprofundar o tema, percorrendo sobre os pontos que causam maior complexidade à problemática em questão.

Para um melhor deslinde da questão, conceituaremos o termo “aconselhamento jurídico”, diferenciando-o dos conceitos de consultoria e assessoria jurídica previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

### **CONCEITO DE ACONSELHAMENTO JURÍDICO.**

A Lei 8.906/1994, mais conhecida como Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, traz em seu bojo a seguinte disposição:

Art. 1º. São atividades privativas da advocacia:  
II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

O Estatuto da OAB, não traz a conceituação dos institutos de consultoria, assessoria e direção jurídicas, ficando a cargo da doutrina discorrer sobre tais temas.

Conceituaremos os três institutos jurídicos brevemente a fim de que possamos também conceituar o instituto do aconselhamento jurídico, que, por não ter sido previsto no rol taxativo do Estatuto, não poderá ter a sua aplicação restringida aos profissionais da advocacia.

Na atividade de consultoria, o advogado responde a questionamentos formulados por uma parte, apontando determinado caminho jurídico como o mais adequado dentro de algumas hipóteses presentes em determinada situação concreta.

No que toca à assessoria, pode-se afirmar que tal atividade tem como principal escopo a elaboração de um projeto jurídico, levando a cabo realizações no plano material.

Por último, a direção jurídica se refere mais à função de gerência, de coordenação de um departamento jurídico em empresas públicas ou privadas.

Nesse sentido, percebe-se que os três institutos acima identificados se aplicam somente aos advogados ou, pelo menos, bacharéis em direito.

É aí que se diferencia o instituto do aconselhamento jurídico, podendo ser conceituado como a possibilidade de acadêmicos de direito poderem auxiliar partes em processos que tramitem nos Juizados Especiais Cíveis, tanto na fase pré-processual como durante o processo, até mesmo após o trânsito em julgado da sentença, esclarecendo as partes acerca de quaisquer questões jurídicas.

Como se percebe, a principal diferença entre o aconselhamento jurídico e os demais institutos, reside no fato de que este pode ser prestado por acadêmicos de direito, dispensando a sua qualificação como advogado ou a sua inscrição no quadro de estagiários da OAB.

### **PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.**

Como já explanado no início deste artigo, o tema não é tratado diretamente pela legislação brasileira, razão pela qual nos limitaremos a demonstrar, ao longo do artigo, que justamente por não existir previsão expressa, não há como proibir a prática do aconselhamento jurídico, tendo em vista a máxima de que “o que não está proibido, está permitido”.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, dispõe que:

Art. 1 - São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos **juizados especiais**; (Grifo nosso).

Valendo-nos dos ensinamentos de Paulo Luiz Netto Lôbo (Comentários ao Estatuto da Advocacia e OAB), a postulação “é ato de pedir ou exigir a prestação jurisdicional do Estado. Exige qualificação técnica. Promove-a privativamente o advogado, em nome de seu cliente. O advogado tem o monopólio da assistência e da representação das partes em juízo”.

A única exceção adotada até então pelo Estatuto da OAB foi referente à impetração do remédio constitucional do *Habeas Corpus* em qualquer instância ou tribunal.

Ocorre que, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de número 1.127-8, o Supremo Tribunal deferiu liminar que suspendeu a eficácia do dispositivo em questão, excluindo do seu alcance os juizados especiais, vejamos parte da decisão que melhor elucida a questão:

Resolvendo QUESTAO DE ORDEM suscitada pelo Relator, o Tribunal reconheceu a prevenção da competência do Ministro Paulo Brossard, como Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que

negava a existência dessa prevenção. Por votação UNANIME, o Tribunal rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB (autora), e também a preliminar de falta de legitimidade ativa por impertinência objetiva, vencido o Ministro Marco Aurélio, suscitante. Examinando o inciso 00I do art. 001 ° da Lei nº 8906, de 04.07.94, o Tribunal, por MAIORIA DE VOTOS, DEFERIU, EM PARTE, o pedido de medida liminar, para suspender a eficácia do dispositivo, no que não disser respeito aos Juizados Especiais, previstos no inciso 00I do art. 098 da Constituição Federal, excluindo, portanto, a aplicação do dispositivo, até a decisão final da ação, em relação aos Juizados de Pequenas Causas, a Justiça do Trabalho e a justiça de Paz, vencidos, em parte, os Ministros Sepulveda Pertence, Sydney Sanches e Moreira Alves, que interpretavam o dispositivo no sentido de suspender a execução apenas no tocante ao Juizado de Pequenas Causas, e o Ministro Marco Aurélio, que indeferia o pedido de medida liminar. Votou o Presidente nas preliminares e no mérito. Em seguida, foi o julgamento adiado em virtude do adiantado da hora.

- Plenário, 28.09.1994.

Discorrendo acerca do presente julgado, Gladston Mamede, (Fundamentos da Legislação do Advogado) concluiu que:

Dessa forma, no Juizados Especiais Estaduais, pode postular sem advogado nas causas cíveis, até o valor de 20 salários mínimos, em 1º grau, como previsto no art. 9º da Lei 9.099/99. Se há recurso, as partes devem apresentar-se acompanhadas de advogado.

Por sua vez, a Lei 1.060/50 (Lei de Assistência Judiciária Gratuita), trazendo tema diverso, porém ainda correlacionado ao mérito do presente artigo, no bojo de suas disposições, determina que:

Art. 18: Os acadêmicos de direito, a partir da 4ª série, poderão ser indicados pela assistência judiciária, ou nomeados pelo juiz para auxiliar o patrocínio das causas dos necessitados, ficando sujeitos às mesmas obrigações impostas por esta Lei aos advogados.

A questão tormentosa que se nos apresenta seria a se o art. *sub oculi* teria sido revogado quando da vigência do Estatuto da OAB.

Apesar de as opiniões divergirem, nos manifestamos pela não revogação do artigo em questão, tanto por falta de previsão expressa nas Disposições Transitórias do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, como pela falta de revogação tácita da matéria.

Aliás, sustentando essa nossa posição tem-se o importante julgado da lavra do Tribunal de Justiça do Paraná, senão vejamos:

Dados Gerais:

Processo: ACR 1560878 PR Apelação Crime-0156087-8

Relator(a): Antônio Renato Strapasson

Julgamento: 14/09/2000

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal (extinto TA)

Publicação: 29/09/2000 DJ: 5729

**EMENTA:** ROUBO QUALIFICADOS - AUTORIA - INDÍCIOS E CIRCUNSTÂNCIAS QUE AUTORIZAM AS CONDENAÇÕES - CRIME CONTINUADO - REQUISITOS PRESENTES - DEFESA FEITA POR ESTAGIÁRIO - QUESTÃO JÁ DECIDIDA PELA CÂMARA NO OUTRO PROCESSO, SEPARADO, ORIGINALMENTE CONTRA OS MESMOS RÉUS - NULIDADE INEXISTENTE - REDUÇÃO DAS PENAS ANTE DESCONSIDERAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL - PARCIAL PROVIMENTO DA APELAÇÃO.

1. Permanece o julgamento feito no outro processo, separado, em relação a inexistência de nulidade, ante nomeação, pelo MM. Juiz, de estagiário, uma vez inexistente, na Comarca, Advogado disposto a assumir a defesa dos réus, o que fez com base no art. 18 da Lei 1.060/50.

2. Mantém-se a condenação dos réus quando os indícios e circunstâncias são conclusivos a respeito da autoria que lhes foi atribuída.

3. É de se reconhecer a continuidade delitiva quando presentes os requisitos do art. 71 do CP, corrigindo-se, assim, o apenamento, que levou em conta o concurso material.

Resumo estruturado:

APELACAO, FURTO, ROUBO, CRIME QUALIFICADO, CONCURSO MATERIAL, PROCESSO, VALIDADE, CONFIGURACAO, CRIME, AUTORIA, MATERIALIDADE, COMPROVACAO, VITIMA, RECONHECIMENTO, EXISTENCIA, CONDENACAO, RECLUSAO, REGIME FECHADO, CRIME CONTINUADO, CARACTERIZACAO, PENA, REDUCAO, DETERMINACAO.

Pela análise do julgado em questão, percebe-se que o art. 18 da Lei 1.060/50 continua em vigor, podendo o estagiário de direito, quando da ausência da Defensoria Pública ou na ausência de advogados dativos serem nomeados pelo Juiz do processo para fazerem às vezes de advogado.



Ressalte-se que tal hipótese só deve ocorrer de forma excepcional, ocasião em que o estagiário em direito será investido de algumas das prerrogativas dos advogados.

## **POSSIBILIDADE E APLICAÇÃO PRÁTICA.**

Por analogia, podemos destacar que se existe a possibilidade de um estagiário de direito representar os interesses de uma parte em processos que necessitam ser acompanhados por advogado, notadamente em processo de natureza penal (como o do julgado acima colacionado) que envolve direitos subjetivos indisponíveis, certamente poderia um acadêmico de direito aconselhar pessoas em processos que dispensam a presença de advogados, citando como exemplo os processos dos Juizados Especiais Cíveis nas causas de até 20 (vinte) salários mínimos.

Ponto importante que norteia a discussão em pauta se dá pelo fato de que o aconselhamento jurídico prestado pelo estudante de direito poderia ser prestado antecedendo ao processo, bem como durante todo o trâmite processual e até mesmo após o trânsito em julgado da decisão. Vejamos cada um desses momentos.

Sabe-se que os Juizados de pequenas causas ou de defesa do consumidor são abarrotados de processos, não tendo o Poder Judiciário estrutura para dar conta de todos eles, de sorte que alguns demoram até mesmo mais de 02 (dois) anos para serem julgados.

Nesse sentido, o aconselhamento jurídico poderia ser prestado de forma a anteceder um processo, momento em que os acadêmicos iriam esclarecer as partes das vantagens e desvantagens de ingressar com uma ação judicial, advertindo-as das consequências de se proceder com uma aventura judicial, podendo evitar muitas vezes demandas desnecessárias, seja pela ocorrência da prescrição e decadência, seja pela falta de direito diante de determinada situação.

Ingressada a ação, o acadêmico de direito poderá aconselhar e auxiliar a parte, seja procurando o endereço para a citação da Ré (muitos processos são arquivados porque a parte sequer consegue ter essa informação que não é disponibilizada nos cartórios judiciais), seja durante a fase de conciliação, estimulando as partes à conciliação, bem como esclarecendo-a sobre a viabilidade e as consequências da conciliação.

Já na fase instrutória, o acadêmico de direito aconselharia a parte sobre quais provas apresentar, bem como sobre como se manifestar sobre as provas e ainda sobre o que falar no seu depoimento, de forma a utilizar o depoimento da parte de forma favorável a esta, não dando armas para a parte contrária, utilizando de todas as técnicas processuais que tiver em seu alcance, fazendo valer o princípio da paridade de armas.

Após a sentença e ao contrário do que muitos de vocês podem estar pensando, não finda o trabalho do acadêmico de direito, de forma que, após a prolação da sentença, apesar de ele não puder interpor recurso, pois tal peça é privativa de advogado, poderá ele continuar a aconselhar a parte, caso haja recurso da parte contrária, esclarecendo-a sobre os efeitos do recurso, bem como explicando o teor do acórdão.

A pergunta que poderia ser feita seria a se os acadêmicos de direito estariam preparados e qualificados para tal atividade.

Mais uma vez nos posicionamos favoravelmente, seja pela possibilidade de consultar livros jurídicos, seja tirando dúvidas com os professores e é claro realizando pesquisas na internet, local em que pode ser encontrado desde estrutura de peças processuais até os temas mais inusitados.

## **METODOLOGIA.**

Em razão da escassez de disposições e trabalhos científicos acerca do presente tema, foi realizada uma pesquisa de campo de natureza qualitativa com pessoas que representam aquelas que geralmente estão no que comumente se denomina relação triangular processual, de forma a obter as opiniões de pessoas em diferentes situações processuais.

Segundo Marconi e Lakatos (2009, p. 69), “pesquisa de campo é aquela utilizada com o objetivo de conseguir informações e/ou conhecimentos acerca de um problema para o qual se procura uma resposta, ou de uma hipótese que se queira comprovar...”.

Para Chizzotti (2001, p.83) “na pesquisa qualitativa, todas as pessoas que participam da pesquisa são reconhecidas como sujeitos que elaboram conhecimentos e produzem práticas adequadas para intervir nos problemas que identificam”.

Nesse sentido, foi entrevistado um membro do Ministério Público, um Defensor Público, um cidadão (parte processual) e um estudante de direito.

Para a coleta de dados, utilizamos o instrumento da entrevista padronizada, onde o entrevistador segue um roteiro previamente estabelecido e os questionamentos são predeterminados, inclusive direcionados a indivíduos selecionados.

A entrevista padronizada foi estruturada de forma objetiva, consistindo em apenas 02 (duas) questões centrais, que refletem diretamente o tema.

A primeira pergunta foi no sentido de saber a opinião dos entrevistados acerca da possibilidade de o acadêmico de direito prestar aconselhamento jurídico no âmbito dos juizados especiais cíveis, mediante remuneração.

A segunda pergunta teve como principal finalidade saber se os acadêmicos de direito estariam habilitados/qualificados a prestar tal aconselhamento, tendo em vista a facilidade de acesso a informações jurídicas atualizadas.

## **ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS DADOS.**

Para a análise e discussão dos dados optamos pela técnica de análise de conteúdo, por ser um método analítico de informações que para Chizzotti, (2001, p. 98) “a técnica se aplica à análise de textos escritos ou de qualquer comunicação (oral, visual, gestual) reduzida a um texto ou documento”. Carmo-Neto, (1993, p.410) diz que “a análise de conteúdo busca a essência da substância de um contexto nos detalhes perdidos no meio ou entre os dados disponíveis”.

O primeiro questionamento foi: existe possibilidade de o acadêmico de direito prestar aconselhamento jurídico no âmbito dos juizados especiais cíveis, mediante remuneração?

**O Promotor de Justiça** respondeu: Não, pois como se trata de uma prestação de serviços, você poderia ser responsabilizado sem ter ainda o conhecimento e a formação necessária. Ele não estaria tecnicamente apto para prestar este tipo de serviço, e a sua

condição de estudante de direito levaria as pessoas a laborar em erro *in eligendo*. O acadêmico não estaria suficientemente capaz para representar a parte.

**O Defensor Público** sustentou que “o estágio é um momento de aprendizagem, não apenas jurídico, mas de interlocução prática com os operadores do direito e familiarização com os arquétipos da “estrutura do sistema de justiça”, e principalmente vivência com as partes e suas demandas. Na minha visão, o estágio necessita de uma orientação e condução. Não existe óbice para que o estagiário seja remunerado. Trabalhei no Juizado e percebi que o estagiário precisa ter sensibilidade e conhecimento mínimo com os assuntos referente a matéria. Para que ele sinta o clamor da parte, e possa dar o melhor de si. O Estágio é uma via de mão dupla. O estagiário deve ser comprometido com seu trabalho. Neste contexto, defendo que possa receber remuneração”.

**A parte** respondeu: Sim, porque se todas as vezes que eu compareci na Defensoria Pública da União, quem me atendeu foram os estagiários, que sequer conheço os Defensores que atuam em minha causa. E se for para pagar, que se pague a uma pessoa que eu estou vendo ajudar.

**O acadêmico de direito** respondeu que acha válido e socialmente relevante, haja vista que favorece o desenvolvimento profissional do estudante, bem como maior orientação técnica aos jurisdicionados. Contudo, o estudante tem que estar apto a prestar este aconselhamento, como em curso no último ano do curso, já tendo cursado as disciplinas voltadas à prática jurídica. Tem-se ainda que, por se tratar de aconselhamento mais afeiçoado à orientação do que à substituição técnica promovida pela advocacia, o aconselhamento jurídico não avocaria para si a responsabilidade pela escolha técnica.

O segundo questionamento foi: Tendo em vista a facilidade de obtenção das informações atuais, os acadêmicos de direito estariam habilitados/qualificados a prestar tal aconselhamento?

**O Promotor de Justiça** salientou que é possível que alguns atinjam esse nível de capacitação, entretanto, o que se busca é que esse nível de prestação de serviços, como envolve patrimônio ou interesses muitas vezes indisponíveis seja prestado por quem tenha comprovada capacitação, daí porque mesmo sendo bacharéis em direito a Ordem dos Advogados cobra o Exame.

**O Defensor Público** disse que quem está lendo esta resposta deve fazer primeiro o questionamento pessoal, ou seja, você está apto a dar o aconselhamento jurídico com os meios disponíveis na internet? Reitero o que foi mencionado antes, o estagiário pode prestar aconselhamento jurídico desde que devidamente orientado e supervisionado.

**A parte** disse que sim, pois ninguém nunca me emprestou informação errada.

**O acadêmico de direito** salientou que a tecnologia é uma realidade, a multiplicidade e a velocidade com que as informações circulam nacional e globalmente afetam a sociedade e as relações jurídicas travadas, sendo aplicadas diretamente pelo Judiciário. O processo digital existe e é operado com maior eficiência pelos indivíduos adaptados ao suporte digital, de sorte que os estudantes, porque adaptados às novas tecnologias, são bastante aptos a absorver e utilizar eficientemente as informações, de modo a integrá-las à orientação de quem precise na justa medida de sua necessidade de provocar o aparato jurídico.

Portanto, pela análise dos dados, percebe-se que as posições dos membros das instituições que atuam na Justiça se mostram mais conservadoras, na medida em que demonstram uma preocupação no que se refere a eventuais danos que as partes possam sofrer em razão de um aconselhamento jurídico sem a devida supervisão, bem como a possibilidade de responsabilização dos acadêmicos.

Ao revés, o acadêmico de direito e a parte se mostraram otimistas quanto à possibilidade do aconselhamento jurídico, pois ambos acreditam no aperfeiçoamento e qualidade técnica dos estudantes de direito.

## **CONCLUSÃO.**

Pelos argumentos acima espreiados, tem-se que esse original tema pode inaugurar um novo tipo de atividade jurídica, sem, contudo, desrespeitar leis e princípios gerais do direito, ao contrário, contribuindo para o “desafogamento” do judiciário, bem como conferindo a pessoas o aconselhamento jurídico adequado por um valor mais condizente com a natureza da causa jurídica.

Percebe-se ainda que a prática do aconselhamento jurídico proporcionará uma maior possibilidade de evolução prática e jurídica dos acadêmicos de direito, fazendo-os evoluir não só no conhecimento do direito processual como no material, preparando-os da melhor forma possível para a atuação profissional.

Há de se concluir, por fim, que por se tratar de inédito tema em estudos científicos na área do direito, possuindo uma relevância singular, mas, por apresentar controvérsia em sua aplicação prática, entendemos que o mesmo deve servir apenas como um ponto de partida, de forma a ser estudado futuramente em maior profundidade, contribuindo da melhor forma possível à sociedade.

## **REFERÊNCIAS.**

CARMO-NETO, Dionísio Gomes do. **Metodologia Científica para principiantes**. Salvador: Editora Universitária Americana, 1993.

CHIZZOTTI, Antonio. **Pesquisa em ciências humanas e sociais**. São Paulo: Cortez, 2001.

Disponível em: Leia mais: <<http://jus.com.br/revista/texto/8369/privatividade-das-atividades-de-consultoria-assessoria-e-direcao-juridicas#ixzz2QmqFt2mC>>. Acesso em: 28. fev.2013.

Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8369/privatividade-das-atividades-de-consultoria-assessoria-e-direcao-juridicas>>. Acesso em: 12. mar. 2013>.

Disponível em: JULGADO SOBRE A LEI 1060/50: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4347309/apelacao-crime-acr-1560878-pr-apelacao-crime-0156087-8-tjpr>>. Acesso em: 18. mar. 2013.

Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2642>>. Acesso em: 20. Mar. 2013.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 1992.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2002.

LUBISCO, Nídia Maria Lienert; VIEIRA, Sônia Chagas; SANTANA, Isnaia Veiga. **Manual de estilo acadêmico**: monografias, dissertações e tese. Salvador: EDUFBA, 2008.

MAMEDE, Gladston. **Fundamentos da legislação do advogado**. São Paulo: Atlas, 2002.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. A tomada do poder pelos estagiários e o novo regime. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-12/senso-incomum-tomada-poder-pelos-estagiarios-regime>>. Acesso em 10.abr.2013.

## **OS HORÁRIOS PARA A REALIZAÇÃO DE PROVAS FÍSICAS EM CONCURSOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE DA LEI ESTADUAL DE ALAGOAS Nº 7.858/2016**

**ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:** Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

O temor de muitos candidatos em concursos públicos, notadamente quando já aprovados nas provas escritas de determinado certame, é a reprovação no exame de aptidão física.

Como se sabe, alguns cargos e empregos públicos podem exigir condições físicas diferenciadas, além daquelas comumente solicitadas pela Administração Pública no processo de provimento. Ou seja, afora ter o candidato que comprovar possuir aptidão física e mental para ser empossado no serviço público, em casos específicos há uma exigência adicional que se perfaz nas chamadas provas físicas.

São exemplos destes cargos públicos com exigências específicas aqueles de índole policial. Isto porque o desempenho destas tarefas na área de segurança pública imprescinde de servidores públicos com condições físicas de alto nível.

Imagine-se a dificuldade que um militar do Corpo de Bombeiros teria para exercer as suas atribuições legais acaso não soubesse nadar. Ou mesmo se o seu desempenho na natação se assemelhasse ao de um cidadão comum inabilitado para salvamentos aquáticos.

Se é certo que a previsão destas provas físicas deve ser contemplada em lei, com moderação em sua exigência e pertinente com as atribuições futuras cotidianas do candidato – até porque o postulante terá cursos de formação inicial e continuada para se habilitar e se aperfeiçoar – também é inconteste que um pretense ingressante a determinados cargos e empregos públicos deve possuir uma condição mínima do ponto de vista físico.

A par disso, seria arriscado para a própria saúde física e mental do candidato, nesse sentido, submetê-lo a um exigente curso de formação com cargas constantes de exercícios físicos, se o interessado não demonstrou condições mínimas para provar que suportaria essas tarefas. Um ato leviano, até poderia se dizer, com risco de morte ou invalidez para pessoas sem condições mínimas do ponto de vista físico.

Ao mesmo tempo, um potencial risco para a Administração Pública, na medida em que um candidato sem condições físicas mínimas poderia se machucar com mais facilidade

ou colocar terceiros em problemas, com possibilidade de aposentadorias ou reformas precoces até durante o curso de formação.

Ainda, para a sociedade que suportaria esse prejuízo econômico de custear a máquina administrativa mediante tributos, porém tendo que pagar aposentadorias ou indenizações por danos morais, materiais e estéticos em favor de candidatos machucados no curso de sua formação<sup>154</sup>.

Enfim, os motivos acima são meramente exemplificativos das situações que recomendam um filtro maior durante os concursos públicos, afastando-se de forma objetiva, impessoal, isonômica, motivada e eficiente aqueles cidadãos sem perfil adequado para determinadas atribuições que o serviço público exige<sup>155</sup>.

Abrindo-se um parêntesis na discussão, aqui não se defende, por óbvio, que o candidato já possua uma extensa condição física. A excelência virá com o curso de formação e a experiência de capacitação continuada. Porém, minimamente, o postulante ao cargo ou emprego público precisa demonstrar ter condições de se submeter a esses treinamentos de ingresso na carreira pública.

Nesse sentido, porém, vale pontuar que a Administração Pública precisa pautar os seus atos administrativos com razoabilidade e proporcionalidade quando destas provas físicas, sob pena de ocorrer um desvirtuamento destas e uma quebra injustificável da isonomia.

Chegam ao Poder Judiciário, comumente, casos absurdos onde um candidato precisou realizar um teste físico ao meio dia. Num país como um Brasil, notadamente em Estados do Nordeste e em pleno verão, não soa irrazoável aferir o desempenho de um postulante ao cargo ou emprego público numa prova de corrida.

Ora, a cena parece ser bastante incompreensível para o bom senso. Como se colocar uma pessoa que sequer é servidor público ainda – mas mero postulante – a se provar um bom corredor debaixo de um sol escaldante com temperatura ambiente de 40 graus Celsius?<sup>156</sup>

Mais inimaginável ainda é colocar candidatos que concorrem entre si para disputar uma mesma vaga no certame quando um deles executa a prova de corrida às 7 horas da manhã com uma temperatura ambiente de 20 graus Celsius e o seu oponente ao meio dia sujeito a 40 graus Celsius.

Situações assim ferem frontalmente as noções básicas de isonomia material, pois o candidato não pode ser prejudicado, por exemplo, por eventuais dificuldades que a Administração Pública venha a ter quanto ao quantitativo de candidatos para realizar essas provas. Isto, decididamente, é um problema imputável a quem pretende preencher os cargos e empregos públicos (Administração Pública) e não de quem se habilitou para tal (candidatos). A gestão pública ineficiente promove esses infortúnios.

---

154 IMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luís. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in) suficiente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 287-311, set. 2016.

155 GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

156 SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Pensando na solução dos problemas que vinham ocorrendo em sucessivos certames – que inclusive abarrotavam o Poder Judiciário e causavam risco de morte aos candidatos na execução das provas físicas – o Estado de Alagoas editou a Lei Estadual nº 7.858/2016. A referida norma jurídica estabeleceu normas gerais para realização de concurso público pela Administração Direta, Indireta, Autárquica e Fundacional do Estado de Alagoas.

Segundo o teor da lei:

## CAPÍTULO X DAS PROVAS FÍSICAS

Art. 51. A realização de prova física em concurso público exige previsão objetiva no edital e performances mínimas diferentes para homens e mulheres.

§ 1º A pessoa jurídica realizadora do concurso público deve disponibilizar, para o dia, o horário e os locais de realização da prova física, Unidade de Terapia Intensiva móvel apta para atendimento de emergência.

**§ 2º É vedada a aplicação de prova física entre as 11 (onze) horas e as 15 (quinze) horas, ressalvadas aquelas realizadas em ambiente coberto. (Redação dada pela Lei nº 7.904, de 21.07.2017).**

Art. 52. As condições de saúde para participação de prova física são de exclusiva responsabilidade do candidato, que deve estar apto a fazê-la no dia, na hora e no local marcados.

Parágrafo único. A gravidez não é inabilitadora em prova física, devendo a candidata submeter-se à examinação 120 (cento e vinte) dias após o parto ou o fim do período gestacional, sem prejuízo da participação nas demais fases do concurso.

Art. 53. A prova física é eliminatória e não será repetida, exceto se essa possibilidade estiver prevista no edital.

Art. 54. Os desempenhos mínimos serão fixados com atenção ao desempenho médio de pessoa em condição física ideal para a realização satisfatória das funções do cargo.

Art. 55. É vedada a discriminação com base em idade ou raça para fins de aceitação de desempenho físico mínimo<sup>157</sup>. (grifou-se)

Vale pontuar o grande avanço que essa norma jurídica editada em 2016 trouxe, notadamente porque o Tribunal de Justiça de Alagoas (TJ/AL), ao julgar casos envolvendo certames anteriores a esta lei defendeu exatamente o inverso, conforme situação a seguir:

---

157 BRASIL. Gabinete Civil. Lei Estadual nº 7.858/2016. Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 21 dez 2020.



[...] No que diz com a arguição quanto ao horário de realização da prova, convém deslindar que a Administração Pública convocou os candidatos do certame para realizar o TAF em vários horários do dia, pautando-se por critérios impessoais e objetivos. Portanto, é inverossímil exigir que todos os candidatos realizassem o TAF no mesmo dia e horário, ou em horário que determinado candidato melhor desejasse. Desse modo, especificamente, quanto ao horário da prova, não se afiguraria coerente à abertura de exceções que comportassem a realização de provas em horário diverso do fixado, tendo em vista as inúmeras situações peculiares de cada candidato, o que infringiria o interesse público e a impessoalidade que regem o certame, acarretando, conseqüentemente, um verdadeiro tumulto no andamento do concurso. **Em que pese o autor = recorrido tenha alegado que foi prejudicado pelas condições climáticas, o que, segundo o apelado lhe causou um mal estar físico, o Supremo Tribunal Federal sedimentou entendimento no sentido de que não é razoável que a Administração Pública fique à mercê de situações adversas de cada candidato para colocar fim ao concurso, assim, os casos fortuitos não permitem a remarcação de etapa do certame,** sobretudo quando há vedação no edital, consoante tese de Repercussão Geral, Tema nº 335, paradigma do Recurso Extraordinário nº 630.733/DF, julgado em 15.05.2013, por maioria, pelo Plenário da Suprema Corte. [...] (TJ/AL, Número do Processo: 0703257-07.2013.8.02.0001; Relator (a): Des. Paulo Barros da Silva Lima; Comarca: Foro de Maceió; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 23/05/2019; Data de registro: 23/05/2019) (grifou-se)

Frente a estas reflexões, é inconteste que agiu bem o legislador ao prever que é vedada a aplicação de prova física entre as 11 (onze) horas e as 15 (quinze) horas, ressalvadas aquelas realizadas em ambiente coberto. Caso contrário, os candidatos ainda estariam sendo submetidos pelos examinadores a diversas situações arbitrárias, incoerentes e desiguais nos certames.

Também se mostra importante que a Administração Pública evite realizar provas físicas em condições e horários diversos que venham a promover efetiva desigualdade, haja vista que não é igualitário avaliar um candidato às 10 horas e 30 minutos da manhã, sob alta temperatura, porém às 11 horas submeter o seu concorrente a realizar tarefa idêntica, porém em ambiente coberto e protegido das condições climáticas adversas.

A norma estadual em análise, assim, evoluiu nesse quesito ao vedar os excessos da Administração Pública, no entanto, ainda persistem situações que merecem uma reforma legislativa a fim de que não apenas se proibam esses tratamentos diferenciados, mas também se imponha um dever de submeter os candidatos a condições climáticas semelhantes.

Cabe, pois, à Administração Pública se organizar e promover certames com a devida antecedência a fim de que não se argumente – a título de subterfúgio – urgência na conclusão do trâmite do certame ou mesmo custo econômico excessivo na realização de provas físicas

em dias diversos, na medida em que os candidatos não podem ser penalizados por problemas inerentes à ineficiência da gestão pública.

Enfim, não se justifica oprimir um postulante ao serviço público com base em inércia ou falta de planejamento estratégico que resguarde os direitos dos administrados. A responsabilidade de gerir a coisa pública impõe que a Administração Pública respeite os candidatos e reconheça os seus erros, não imputando a terceiros de forma indevida a mácula pelos seus próprios atos de incompetência.

## **A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980 EM CASOS DE SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE MENORES NA MANUTENÇÃO DO DIREITO DE GUARDA E VISITA**

**JACKELINE MAXIMIANO VIANA:**  
Bacharelanda do curso de Direito do  
Centro Universitário Católica do  
Tocantins.

**OSNILSON RODRIGUES SILVA**

(orientador)<sup>158</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo discutir sobre a aplicação da Convenção de Haia de 1980 em casos de subtração internacional de menores, demonstrando sua eficácia na manutenção do direito de guarda e visita e esclarecer se o Estado Brasileiro efetivamente aplica a Convenção de forma a solucionar os casos de subtração internacional de menores. A problemática dessa pesquisa foi inspirada no dispositivo normativo ora retratado, que assegura a resolução dos casos de subtração internacional de menores de forma mais simples e rápida e a sua utilização pelo Brasil. Para dar embasamento teórico a esta pesquisa utilizou-se a abordagem de estudo qualitativa. O levantamento de dados se deu por análise documental, literatura tendo como base livros físicos e virtuais, artigos, leis como a Constituição Federal de 1988, a própria Convenção de Haia de 1980, o Código Civil Brasileiro etc. Teses de doutorado, a fim de dar maior base teórica para a pesquisa. Examinou-se a atuação do Estado Brasileiro na aplicação efetiva da Convenção de Haia de 1980 na manutenção do direito de guarda e visita, exemplificando com o caso de Sean Goldman amplamente noticiado e debatido até os dias de hoje, concluindo assim que o Estado está muito longe ainda de solucionar o problema da subtração internacional de crianças.

**Palavras-chaves:** residência habitual, guarda, visita, direitos humanos dos menores.

### **1. INTRODUÇÃO**

É dever da família, da sociedade e do estado, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, assegurar a criança e ao adolescente o direito à vida, saúde, dignidade colocando-os de toda forma de violência, crueldade e opressão.

Para Daniela Sallet e Christina Krueger Marx (2001, p. 109) “o rompimento de um núcleo familiar pré-estabelecido e formado pode acarretar vários problemas psicológicos futuros para a criança retirada abruptamente desse núcleo”.

Em um mundo em que os relacionamentos internacionais são possibilitados pela tecnologia, pessoas de diferentes nacionalidades se conhecem, constroem um relacionamento e famílias que, também, acabam por se separar.

---

158 Professor do Centro Universitário Católica do Tocantins. osnilson@catolica-to.edu.br

Esses conflitos familiares favorecem os casos de sequestros internacionais de menores. As principais vítimas desses conflitos são os filhos que muitas vezes são privados do convívio e relacionamento afetivo com um dos pais.

Ao longo dos anos foram sendo criadas legislações com o intuito de combater este o sequestro internacional. No plano nacional, o ordenamento jurídico brasileiro, utilizando-se da Constituição Federal, criou mecanismos a proteção do bem-estar da criança e do adolescente. O artigo 227 da Constituição trata do bem estar e proteção da criança e do adolescente.

No plano internacional, por meio do Direito Internacional, utilizando-se da cooperação entre os diversos países ao redor do mundo, se encontrou melhores resultados visando a resolução dos conflitos relativos ao sequestro internacional de menores.

Será apresentado a consignação do Brasil na convenção de Haia de 1980. Essa convenção visa criar meios para que toda criança que se encontre em situação de subtração internacional tenha o apoio dos países contratantes da convenção, de forma a fazer com que este menor, seja realocado a sua residência habitual.

Levando em conta o fato de a subtração internacional de menores ser uma realidade foi criada uma legislação específica para casos relacionados à subtração de menores, com o intuito de extinguir essa prática hedionda, imoral e irresponsável.

Assim, ao criarem este dispositivo normativo facilitaram a devolução/ restituição do menor ao seu país de origem resultando na diminuição do impacto que tal fato causa na vida da criança.

Discorre-se sobre a subtração internacional gerar uma afronta ao direito da criança e do adolescente assim como ao direito de guarda e visita, direito este assegurado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil a Convenção de Haia de 1980 foi sancionada pelo decreto-lei 79 em 15 de setembro de 1999, entrando em vigor somente no ano de 2000, vinte anos após a afirmação da Convenção.

Antes da Convenção ser adotada pelos países membros, não havia uma lei específica para estes casos. Havia legislações não condizentes com a gravidade do problema e as decisões tomadas prejudicavam tanto os pais como as próprias crianças. Era o resultado da não consolidação de um tratamento de cooperação da comunidade internacional.

A subtração internacional abordada por esse estudo é o deslocamento ilegal da criança para um país diferente daquele no qual está residia habitualmente ou sua retenção indevida em território estrangeiro, transgredindo o direito a guarda ou visita do pai privado do convívio com o filho que foi subtraído, ferindo não só os direitos do genitor mas também o bem-estar e segurança da criança.

A subtração é provocada, em regra, por um dos pais ou familiar próximo, violando o direito de guarda ou poder familiar, que é decidido pela lei do país em que a criança ou adolescente residia antes de sua realocação em país distinto. Portanto, diante desses casos,

cabe ao país de residência habitual do menor tomar decisões conforme o direito a guarda e visita. O direito a guarda e visita é uma das mudanças positivas trazidas pela convenção.

Observa-se que a falta de orçamento, o número reduzido de agentes públicos ativos e a grande demanda que Órgãos como a Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF), Advocacia Geral da União (AGU) e Defensoria Pública provocam uma lentidão na tramitação dos processos de retorno do menor para o seu país de origem. Isso resulta no Brasil, baixos índices nos deferimentos de pedidos de retorno de menores subtraídos. Destacando outro fator, que burocratiza a colaboração do Brasil com a comunidade internacional é a lentidão do judiciário, que leva o nosso país a sofrer sérias sanções jurídicas pelo tribunal internacional de direitos humanos e condenações morais pela comunidade internacional de países membros.

Apresenta-se neste estudo a evolução histórica que aborda se o Estado atua corretamente com os ditames da convenção de maneira a proteger o direito a guarda e visita, ressaltando as limitações que o Estado tem para resolver realmente o problema da subtração internacional de menores e ainda os pontos positivos trazidos pela Convenção de Haia de 1980.

## **2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MANUTENÇÃO DO DIREITO DE GUARDA E VISITA EM CASOS DE SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE MENORES**

A legislação Brasileira é bem ampla e enfática sobre o direito de guarda e visita e sua proteção, dentro do ordenamento jurídico a diversos artigos que tratam sobre os direitos dos pais sobre os filhos menores. O direito de guarda foi criado visando prejudicar o mínimo possível a criança advinda de um relacionamento falido e proporcionar mesmo com o fim do relacionamento que os pais tivessem acesso aos filhos.

Alguns exemplos fáticos são os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, que tratam do direito a guarda e demonstram como se desenrola o processo de guarda e as modalidades de guarda presentes na lei brasileira.

O artigo 1.589 do Código Civil Brasileiro nos traz clareza quanto a garantia do direito de visita para o genitor que não é detentor da guarda, nos diz também que este pode opinar na educação e criação dos filhos, nos mostra a importância do direito a visita na legislação Brasileira. Mostra-se claro que o Ordenamento Jurídico Brasileiro considera como essencial a proteção ao direito de guarda e visita.

No artigo 1.634 da lei n 10.406 de 10 de janeiro de 2002 em seu inciso VIII traz: “Compete aos pais, qualquer que seja a situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, consiste em, quanto aos filhos; VIII- reclamá-los de quem ilegalmente detenha.”

Tal artigo demonstra que a legislação resguarda o direito dos pais de reclamar seu filho de quem o detenha ilegalmente, fazendo assim com que o detentor ilegal tenha obrigação de devolver a criança ao seu responsável por direito.

A preocupação da legislação com o menor e com os direitos básicos dos pais, que sejam, o direito a guarda e visita, o poder de educar, criar e ter convívio com o filho menor,

se mostra clara. Nota-se ainda esta preocupação no artigo 249 do Código Penal, onde fica evidente que a subtração de menores é crime passível de punição jurídica.

A subtração internacional é uma forma cruel de amostra do poder familiar quando ocorre conflito entre um casal de diferentes nacionalidades, seria um castigo ao outro pelo término do relacionamento ou até mesmo por não conseguir a guarda da criança de maneira legal.

Segundo o escritor Garcia Cano (2004) a cooperação internacional é o método mais eficaz para a resolução dos casos de subtração internacional de menores, sendo o que dá mais resultado positivos e gera menos riscos para o menor.

Antes da Convenção de Haia de 1980 não se tinha uma resolução sobre o que deveria ser feito em caso de uma criança ser subtraída e levada para outro país, então os países debatiam entre si e muitas vezes decidiam deixar o menor com o genitor subtrator no país para qual foi subtraído, pois era a opção menos trabalhosa, o que transgredia o direito do outro genitor possuidor legal da guarda, fazendo com que este se encontrasse de mãos atadas e por muitas vezes sem conseguir rever o filho.

O direito de visita é amplamente assegurado pela convenção o que faz com que o genitor que possui direito de visita ainda que more em país diverso do que o pai que tem a guarda física, ainda possa ter acesso ao filho, nem que seja em período de férias escolares, de modo a resguardar e garantir que seu direito de visita seja respeitado.

A convenção não busca regular direito de guarda e visita e sim assegurar o retorno do menor fazendo-se respeitar o direito de guarda e visita já pré-estabelecido pelo país originário da criança.

No Brasil de 2016 a 2018 foram apenas 10% de taxa de negociações feitas para a manutenção do direito de visita, 29% dos processos foram negados o retorno ao Brasil, apesar de os dados de acordos de visitação não serem altos, conforme o passar dos anos o Brasil tem tido mais sucesso em seus pedidos de retorno, mas ainda assim há muitos casos que pela demora do pedido torna difícil sua aceitabilidade, fazendo com que a criança não volte para o Brasil.

Com base em dados e estatísticas nota-se que o Brasil tem uma média de sucesso em relação aos seus pedidos de retorno de crianças subtraídas do território nacional de menos da metade e mesmo assim no ano de 2018 somente 15 de seus pedidos ativos foram deferidos, 21 foram negados.

A ACAF (Autoridade Central Administrativa Federal) finalizou o ano de 2018 com 98 pedidos de cooperação internacional, pode parecer pouco porém o processo é longo e complexo devido as diversas consequências que podem ser ocasionadas ao psicológico da criança, mas isso demonstra que conforme os anos cada vez mais o Brasil age de forma a tentar proteger a manutenção do direito de guarda e visita, fazendo-se valer da Convenção de Haia tendo uma taxa significativa de sucesso em seus anseios, fazendo com que muitas crianças que foram levadas de forma ilícita voltem ao território nacional e as suas famílias, seguras e protegidas.

Apesar dessa taxa de sucesso obtida pelo Brasil com o passar dos anos, ainda se está muito aquém da maioria dos países contratantes da convenção, mostrando ser necessário uma melhora muito grande no processo de retorno, tornando o processo mais célere e eficaz para o bem do menor subtraído fazendo com que o risco seja mínimo para essa criança.

Um exemplo da falta de competência do Brasil sobre essa questão é o caso, que foi amplamente noticiado, do menor Sean Goldman que teve grande repercussão internacional, o menor foi trazido dos Estados Unidos onde residia ao Brasil por sua mãe Bruna Bianchi autorizada pelo seu então marido David Goldman para fazer uma visita aos familiares desta, chegando aqui a mãe de Sean informou ao pai que não mais voltaria aos Estados Unidos retendo assim ilícitamente o menor conforme dita a convenção, separou-se então de David que entrou com uma ação de guarda onde obteve êxito, porém Bruna casou-se novamente e acabou por falecer, David já havia entrado com uma ação agora postulada no Brasil para a devolução de Sean aos Estados Unidos mas tendo a ré, ou seja Bruna, falecido a ação perdeu uma de suas condições necessárias.

A União então adentrou com uma ação de busca, apreensão e restituição do menor em desfavor do padrasto perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro, obtendo deferimento de seu pedido, porém o Partido Progressista entrou em desfavor desse deferimento junto ao Supremo Tribunal Federal fazendo com que este não fosse reconhecido. Só após cinco anos de extensa batalha judicial, Sean Goldman foi devolvido aos Estados Unidos onde voltou a residir com o pai, centenas de crianças estão em situação similar à de Sean a diferença é que o fato só foi amplamente noticiado devido a intervenção dos Estados Unidos e da mídia mundial.

O caso acima exposto demonstra a inadaptabilidade do Brasil de fazer valer corretamente os ditames da convenção, por termos um processo legislativo demorado e muitas vezes até mesmo irresponsável torna-se difícil agir em conformidade com a Convenção de Haia, o Brasil precisa reformar seu processo judicial como nos reafirma Calmon (2014), tornando-o mais rápido e eficaz na luta contra a subtração internacional.

### **3. AS LIMITAÇÕES QUE O ESTADO TEM SOBRE A RESOLUÇÃO DO PROBLEMA SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE MENORES**

Como já explanado o Brasil aderiu a Convenção de Haia de 1980 em 1999 e só realmente começou a aplicá-la em 2000, vinte anos mais tarde que os primeiros países signatários, isso por si só já demonstra a lentidão do país.

Desde a adesão da convenção o Brasil tem sofrido altas críticas por parte de vários países estrangeiros pela demora dos procedimentos judiciais brasileiros e alta burocratização do judiciário. Dentre os fatores que atuam para a demora do processo, o emblema da Competência entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal é um dos principais.

Segundo Nádia de Araújo (2016), esse conflito tem desnorteado diversos casos da convenção, pois sabe-se que a Justiça Federal é competente para julgar processos oriundos de convenções em que a União faça parte, enquanto a Justiça Estadual tem competência para julgar os processos sobre direito de família, por conta desse problema de competência acaba que mesmo já tendo sido decidido que a justiça Federal é quem deve julgar os casos de subtração internacional, muitos países não sabendo deste fato acabam protocolando o pedido

de retorno na Justiça Estadual, fazendo com que o mesmo processo se encontre em mãos das duas justiças o que faz a lentidão para o julgamento ser ainda maior. Pois a Justiça Estadual não tem competência para julgar esses casos.

Nota-se ser indispensável uma reforma constitucional visando estabelecer a competência para um tribunal especializado em casos de subtração internacional de menores para que o julgamento dos pedidos de retorno sejam mais rápidos fazendo com que o processo ocorra de forma mais célere, vários doutrinadores apoiam o estabelecimento do Supremo Tribunal Federal como detentor da competência para julgar os pedidos de retorno e afirmam que assim não haveria tanta demora e burocratização no julgamento das ações de busca e apreensão realizada por outros países e postuladas no Brasil.

Além disso o fato do Brasil ser um país subdesenvolvido e envolto em corrupção, o que faz com que o dinheiro destinado a uma determinada coisa nunca seja totalmente entregue, prejudique ainda mais a celeridade e aceitabilidade dos processos de retorno. O que torna ainda pior sua imagem internacional e faz com que este seja motivo de chacota pela comunidade internacional de países desenvolvidos.

Há também necessidade de revisão doutrinária quanto a ação de busca e apreensão e restituição do menor, pois por falta de pistas muitas vezes se torna quase impossível encontrar a criança subtraída, essa ação é promovida pela AGU sendo uma ação própria e autônoma, o Brasil deve melhor legislar sobre essa ação para facilitar o trabalho da AGU, tornando mais fácil a localização da criança e seu retorno. A demora no pedido de retorno torna mais complicado a localização e mais baixas as chances de deferimento do pedido, o papel do Estado é atuar o mais rápido possível visando o retorno imediato do menor.

Além disso é muito importante o apoio da mídia internacional para facilitar a obtenção de informações sobre o menor subtraído. Fazendo com que os casos sejam amplamente divulgados através dos mais diversos meios de comunicações o que torna mais fácil e rápido a localização e retorno da criança, fazendo com que o processo seja mais lépido e eficiente.

O Brasil não possui estrutura suficientemente preparada para lidar com casos de subtração internacional, além da falta de orçamento, pessoal, problemas com corrupção, nosso país não possui juízes federais suficientemente preparados para atuar em casos de subtração internacional, ademais de não se ter órgão competente para julgamento de ações de repatriamento.

O procedimento de aplicabilidade da convenção de Haia sobre subtração internacional de menores, segundo o artigo 2º da dita convenção deve tramitar em regime de urgência, porém no caso do Brasil, mesmo tendo se passado 20 anos da contratação da convenção, ainda não se tem uma lei interna para regulamentar o procedimento de aplicabilidade da convenção, o rito utilizado é o da busca e apreensão que não é suficiente para resolver o problema, diante disso há uma adaptação de um rito para esses casos o que gera extrema insegurança jurídica. O Congresso Nacional já deveria editado uma lei sobre a aplicação procedimental da convenção para sanar essa insegurança jurídica.

A convenção deixa claro que o prazo máximo para localização, busca, apreensão e retorno da criança para o Estado requerente é de seis semanas, mas não há um precedente



jurídico brasileiro que demonstra que esse prazo foi respeitado e seguido. O Judiciário brasileiro é extremamente lento e isso prejudica a aplicação correta e eficiente dos ditames da convenção.

A partir de 2005 a Secretaria Especial de Políticas para Mulheres da Presidência da República ( SPM) começou a receber relatos de mulheres que sofriam com a violência doméstica advinda de seus parceiros, essa mulheres muitas vezes conheciam um estrangeiro se apaixonavam e tinham filhos no exterior e após anos de violência, já não suportando mais, voltavam ao Brasil com seus filhos em buscando fugir de seus violentadores, porém eram acusadas por seus ex-maridos de terem sequestrado seus próprios filhos, isso se tornou cada vez mais comum e um problema de grande proporção.

Após vigorar a lei Maria da Penha pensou-se que o Brasil reforçaria o sistema de proteção ao direito da mulher, especialmente no que se refere as relações de mães brasileiras e seus filhos. vítimas de violência familiar. A Convenção de Haia deveria começar a ser interpretada em sentido mais amplo não apenas em reação a proteção do menor mas também a respeito dos direitos humanos em si, de assistência as mães que passaram por violência doméstica e familiar e ainda serem acusadas de ‘sequestrar’ o próprio filho ao tentar fugir de tal violência.

Apesar dos casos relatados de subtração internacional de menores trazidos para o Brasil devido a violência doméstica serem minoria, não se pode menosprezar essa realidade fática e trágica, a restituição dessa criança ao pai agressor pode acarretar sérios riscos físicos e psicológicos, além de expor a mãe novamente ao assedio psicológico muitas vezes praticados por estes agressores, a primeira notícia que se tem de um caso de repatriação de uma criança vítima de violência doméstica data de 2005 apesar de desde 2003 serem retratados casos de pedidos de repatriação junto a SPM.

Em casos de violência doméstica ficou decidido que a SPM ao receber denúncias de violência contra mulher no âmbito da Convenção de Haia de 1980 passaria as informações necessárias a Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF) que lidaria com a situação, quando o contrário acontecer a SPM tem o direito de opinar no processo, no estado a dificuldade de cumprir o acordado tem duas ordens, práticas e legais, não a pratica tanto a ACAF quanto a AGU tem dificuldades materiais e formais para lidar com os casos que vem se apresentando, pois não há um procedimento administrativo para lidar com estes casos.

Sob o ponto de vista legal a coisa se torna mais complicada pois a imensa incompetência da Justiça Federal para análise dos casos, sem que antes sejam homologadas sentenças que tratem da guarda e visita perante o Superior Tribunal de Justiça, fazendo com que os princípios jurisdicionais da análise que deveria ser feita pela justiça federal não sejam adequadamente observados fazendo com que esses casos não sejam solucionados de maneira correta.

Outro ponto de extrema importância é que não há previsão na convenção sobre a violência doméstica o que faz com a decisão pelo pedido de retorno feita pelo pai agressor em face da mãe que só queria fugir das agressões e viver em paz com seu filho se torne extremamente difícil e lenta, a violência doméstica e familiar transgrede os direitos humanos e deveria assim ser regulamenta pela convenção de maneira que comprovada essa violência

a mulher não sofresse nenhuma punição e ela e seu filho fossem protegidos pela convenção de forma a não mais terem que voltar ao país do qual fugiram.

A Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente assim como os tratados internacionais de proteção ao menor demonstram o interesse do Estado Brasileiro pela tutela e proteção aos direitos das crianças, a lei Maria da Penha também é uma lei de proteção não só a mulher mas também aos filhos, portanto para que os aspectos da convenção seja, respeitados e cumpridos é necessário que seja tratada com a importância destes outros dispositivos legislativos e ser levada em conta quando se for aplicar a convenção.

Com base neste problema foi criado por meio do decreto-lei nº 3.951/2001 para que os pedidos recebidos pelo o Brasil e os enviados por este para o exterior pudessem passar por um conselho para serem acompanhados e direcionados de forma legal e transparente, a implementação fática desse conselho ajudaria a resolver questões éticas e legais, que são extremamente importantes para a Convenção de Haia de 1980 para que a convenção possa ser totalmente e realmente praticada pelo Brasil principalmente se referindo a sua constitucionalidade.

Em se tratando de casos de denúncias relacionadas a violência doméstica caberia a SPM fazer parte deste conselho, pois foi sua ação de repassar as denúncias que recebia que tornou os casos de violência doméstica e familiar relacionados a subtração internacional de menores conhecidos e debatidos dando maior importância a esta quebra dos direitos humanos. Há muito a ser feito para tornar a convenção hábil e eficiente como deveria e só cabe ao Estado Brasileiro fazê-lo.

#### **4. DADOS EFETIVOS QUE COMPROVAM A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980**

A Convenção de Haia de 1980 busca por meio da cooperação jurídica internacional localizar e realocar a criança subtraída, fazendo com que está volte ao seu país de origem, busca também proteger os interesses dos menores lhes garantindo dignidade como ser humano. A convenção de Haia por se tratar de um tratado internacional de direitos humanos tem hierarquia normativa supralegal, ou seja, está abaixo da Constituição Federal, mas acima das leis ordinárias e complementares, mostrando a importância e relevância da Convenção de Haia de 1980.

Para a autora Nádia Araújo (Renovar, 2011) a Convenção é inovadora pois foge dos modelos tradicionais ao não se concentrar somente na lei aplicável, mas também no caráter administrativo e judicial da legislação.

Atualmente são cerca de 115 países signatários da Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos cíveis da subtração internacional de menores. A Convenção aborda somente os aspectos cíveis da subtração internacional de menores, ela não visa punir o genitor subtrator e sim conservar o direito de ambos os pais assim como o direito da criança subtraída.

A convenção não veio para afastar o pai subtrator da criança e sim para fazer com que ambos os genitores tivessem um relacionamento de convivência com os filhos e resguardar o direito de guarda e visita pertencentes a esses pais visando o bem maior do menor.

De acordo com Elisa-Peréz Vera (1980) a Convenção de Haia de 1980 é: “acima de tudo uma Convenção que procura evitar a transferência internacional de uma criança mediante a criação de um sistema de estreita cooperação entre as autoridades judiciais e administrativas dos Estados Contratantes”.

As primeiras tentativas de cooperação internacional começaram a chegar ao Brasil por volta de 2002, o primeiro caso vivenciado pelo Brasil de cooperação internacional foi o de uma mãe Argentina que teve o filho trazido ao Brasil ilegalmente pelo pai brasileiro, que não havia conseguido a guarda do filho.

Desde o ano de 2003 até 2013 a AGU havia atuado em aproximadamente 290 casos, são atualmente cento e quinze países que compõe a Convenção de Haia, no ano de 2016 a 2018 foram 60% de pedidos ativos, o que significa que um determinado Estado entrou com uma ação de retorno de uma criança subtraída.

Nota-se que após a Convenção a resolução do problema da subtração internacional de menores não só se tornou mais fácil como também aproximou e estreitou a relação de diversos países, o que auxilia na economia, na imagem internacional, na exportação e importação etc. A Convenção trouxe diversos benefícios não só para os pais e crianças que se encontravam em situação desesperadora e de difícil resolução, mas também para os países se conectarem e se desenvolverem.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de todo o exposto é evidente que a Convenção de Haia de 1980 é um grande avanço em relação ao ordenamento jurídico internacional comum, trouxe diversos benefícios para os países signatários assim como para os direitos da criança e do adolescente, como também para o de guarda e visita, uma vez que a subtração internacional de menores é uma afronta gravíssima para esses ditos direitos, tornando mais fácil a atuação dos países e a resolução dos casos de subtração internacional de menores.

Observa-se que além da demora de consignação do Brasil na Convenção, o País não tem os melhores índices de deferimento de pedidos de retorno e nem de efetiva cooperação internacional, fazendo com que sua imagem seja mal vista e este seja extremamente criticado na comunidade internacional.

O Brasil tem diversos problemas que torna o processo de busca, apreensão e devolução do menor mais lento, entre eles falta de orçamento e agentes qualificados para a função que exercem, deficiência legislativa e doutrinária e alta burocratização da ação de busca, apreensão e retorno, o que torna o processo altamente demorado e dificilmente deferimento desses processos, Tudo isso faz com que o Brasil não atue corretamente nos ditames da Convenção de Haia de 1980.

Há também a pouca importância e a falta de agir do Brasil aos casos de violência doméstica e familiar advindas de relacionamentos entre casais de diferentes nacionalidades o que faz com que a mãe que sofre essa violência busque voltar ao Brasil para fugir de seu violentador, porém a convenção não especifica o que deve ser feito nestes casos e a mãe acaba sendo descrita como a sequestradora do filho, o retorno para este violentador pode trazer sérios riscos físicos e psicológicos para a criança e sua mãe e cabe ao Brasil fazer com que

isto não aconteça não só por uma interpretação favorável da convenção neste quesito como também legislando essa proteção a essa mãe e filho vítimas da violência doméstica.

Portanto, faz-se necessário uma revisão legislativa e doutrinária, assim como uma reforma constitucional visando estabelecer a competência para julgamento dos pedidos de retorno fazendo com que o processo ocorra de forma mais célere, estabelecendo a competência legislativa ao Supremo Tribunal Federal para julgar os pedidos de retorno, diminuindo a demora e burocracia no julgamento das ações de busca e apreensão realizadas por outros países e postuladas no Brasil. Melhorando a cooperação internacional e conseqüentemente a imagem do Brasil diante da comunidade internacional. Uma legislação eficiente visando proteger a mãe e o filho que fogem da violência doméstica e familiar e uma melhor interpretação da convenção a esse favor, assim como um conselho adequado para julgar estes casos e proteger essas vítimas de seu violentador.

Concluindo tudo isso nos mostra que apesar do avanço já feito para o combate da subtração internacional de menores, o Brasil apesar de já ter uma melhora significativa em relação a sua atuação nos casos de subtração internacional ainda deve melhorar muito a legislação brasileira, a cooperação e desburocratização, para ter uma taxa alta de sucesso na sua atuação em casos de subtração internacional de menores, tanto nos pedidos ativos quanto nos passivos.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádida de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ARAÚJO, Nádida de; VARGAS, Daniela. **Comentários ao RESP 1.239.777: o dilema entre a pronta devolução e a dilação probatória na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de menores**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 14, 2012.

ARAÚJO, Nádida, **Direito internacional privado, teoria e prática brasileira**. Porto Alegre. Editora Simplíssimo, 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 30 de outubro de 2020.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 30 de outubro de 2020

BRASIL, 1988. **Constituição Federal Brasileira**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

CALMON Guilherme. **Sequestro Internacional de Crianças**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=g7CIeU9mJQ>. Acesso em: 04 de outubro de 2020

CALMON, Guilherme e TIBURCIO, Carmen. **Sequestro internacional de crianças: comentários a Convenção de Haia de 1980**. São Paulo: Editora Atlas, 2014

CANO, Sandra Garcia. **A obrigação Estatal de proteção abrangente de menores como base legal para a cooperação internacional entre autoridades no direito internacional privado de menores**, São Paulo: Editora Colex, 2003

CONVENÇÃO DE HAIA, **sobre aspectos cíveis do sequestro internacional de crianças**, 1980. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3413.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm). Acesso em 30 de outubro de 2020.

DUARTE, Marcos. **Alienação parental, restituição internacional da criança e abuso do direito de guarda**, São Paulo: Editora Leis e Letras, 2011.

DUARTE Marcos, **Alex domicilli e a convenção sobre aspectos civis do sequestro internacional de crianças**, São Paulo: Leis e Letras, 2011.

FILHO, Miguel. **Questões constitucionais e legais da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**. 2010. Tese (Doutorado em direito internacional) – Faculdade Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010.

MARTINS, Natalia Camba, **A Subtração Internacional de Crianças: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**, Curitiba: Editora CRV, 2013.

REGILIO, Carlos Eduardo. Sequestro internacional de crianças, volume 47. **Juspodvm**. 2016

SALLET, Daniella e KRUEGER, Christina Marxs. **Crianças lesadas**. Porto Alegre: Editora Age, 2001.

VERA, Elisa Pérez. Rapport explicatif. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/exp128.pdf> . Acesso em: 26 de setembro de 2020/38

ZEGER, Ivone. Consultor Jurídico, **Brasil desrespeitou a Convenção de Haia no caso de Sean Goldman**, noticia, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez14/brasil-desrespeitou-convencao-haia-sean-goldman>. Acesso em 15 de maio de 2020

## APLICAÇÃO DO INSTITUTO *CONTEMPT OF COURT* AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO – GARANTIA DE EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

**ROGÉRIO EDUARDO WERNECK JÚNIOR:**  
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Assessor Jurídico Militar do Comando da Aeronáutica.

**RESUMO:** O artigo tem por objetivo a análise de um instituto ainda pouco estudado e aplicado no ordenamento jurídico pátrio: o *contempt of court*. Como norte da presente pesquisa, estudam-se primeiramente os princípios de primordial importância para a relação dos sujeitos no âmbito processual, quais sejam, função social do processo, boa-fé, lealdade e cooperação processual. Ulteriormente, é realizada uma reconstrução histórica acerca da origem do *contempt of court*, para a posterior análise da aplicação do instituto ao direito processual civil hodierno. No que tange ao estudo em si do instituto alienígena, aborda seu conceito, hipóteses de aplicação e sanções previstas, classificação e diferenças que possui com institutos jurídicos com que guarda estreita relação. Ao final, levanta-se a evolução legislativa e incorporação do *contempt of court* ao direito processual civil brasileiro, fazendo-se sugestões de outras formas de sua aplicação. O instituto ainda tem tímida aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio, às vezes de modo desvirtuado e insuficiente. Em uma época em que a efetiva prestação jurisdicional ganha considerável relevo, um estudo mais aprofundado do assunto, poderá contribuir para uma sistemática processual onde exista lealdade e cooperação entre os sujeitos do processo, principalmente no cumprimento das decisões judiciais.

**PALAVRAS-CHAVE:** *contempt of court*; ato atentatório à dignidade da justiça; multa e prisão civil.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Análise principiológica: 2.1 A força coercitiva dos princípios; 2.2 Importantes princípios aplicáveis ao dever das partes na relação processual: 2.2.1 Princípio da função social do processo; 2.2.2 Princípio da boa-fé processual; 2.2.3 Princípio da Cooperação. 3. *Contempt of Court*: 3.1 A origem do instituto na *common law*; 3.2 Conceito; 3.3 Classificações: 3.3.1 *Contempt* direto e indireto; 3.3.2 *Contempt* civil e penal; 3.4 Requisitos de aplicação e sanções previstas. 3.5 Semelhanças com outros institutos: 3.5.1 *Contempt* e litigância de má-fé; 3.5.2 *Contempt* e *astreintes*. 4. Evolução legislativa e incorporação do *contempt of court* pelo ordenamento jurídico pátrio: 4.1 Arts. 600 e 601 do CPC de 1973; 4.2 Atentado; 4.3 O art. 14 do CPC de 1973 na redação da Lei 10.358/01; 4.4 Inovações trazidas pelo CPC de 2015. 5. (Im)possibilidade de aplicação da prisão civil como meio coercitivo de cumprimento das decisões judiciais. 6. Conclusão.

### I INTRODUÇÃO

*Contempt of Court*, a partir de uma livre tradução, significa “desacato à Corte”. Dessa forma, qualquer ato que possa furtar a autoridade e a eficiência do órgão jurisdicional pode ser enquadrado como uma conduta de *contempt*. Percebe-se, portanto, que se trata de um rol

com ampla gama de hipóteses, abarcando desde o descumprimento de uma decisão até mesmo palavras ofensivas dirigidas ao magistrado.

Contudo, antes de entender o instituto, é preciso conhecer os princípios que o fundamentam. Isso porque os princípios possuem função normogênica, na medida em que criam normas de condutas a serem seguidas, mas também são extraídos do sistema, na medida em que dão coesão ao direito, fazendo com que as normas não sejam um aglomerado de regras sem sentido, ou que encontrem fundamento em si mesmas, desconsiderando todo o panorama social.

Ao conferir força normativa aos princípios, tem-se a base normativa e teórica para que se reconheçam determinados atos ilícitos, aplicando o direito de forma valorativa e consentânea com as garantias constitucionais.

Nesse sentido, calcado na ideia de solidariedade trazida pela Carta Magna brasileira e nos princípios da função social, da boa-fé, da lealdade e da cooperação, enquanto normas públicas que devem ser observadas nas relações de ordem material e processual, formando um todo indivisível, o direito processual serve ao direito material e o direito material preenche o direito processual com conteúdo e finalidade, formando uma relação circular que faz com que determinados valores constitucionais e princípios éticos sejam inseridos no processo, para que este tenha uma finalidade e se torne um instrumento ético.

A boa-fé, no entanto, não pode ser entendida como intenção do agente, elemento psicológico, ausência de conhecimento do sujeito a respeito de vícios que inquinam determinado instituto ou relação jurídica, mas como boa-fé objetiva, entendida como norma capaz de impor determinadas condutas.

A partir desse aspecto objetivo da boa-fé, como padrão de conduta mínimo ético que orienta o comportamento em todas as relações jurídicas, não se busca uma relação hermética, mas uma que esteja se comunicando com os direitos sociais e coletivos, de modo a demonstrar que o processo desempenha uma função social, interagindo não só com as partes envolvidas, mas tangenciando também o senso de justiça e pacificação social.

O aspecto interno da função social é a relação que envolve as partes e deve observar o princípio da boa-fé, de modo a se buscar um mínimo ético, a equivalência material. Isso para que a autonomia da vontade não seja corrompida. Mas não uma liberdade absoluta da autonomia da vontade, e sim uma que esteja em conformidade com princípios e normas que busquem um equilíbrio entre as partes.

Isso porque o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio. Se o instrumento que busca realizar o direito material não é ético, há o risco de corromper o direito material e não se chegar ao fim visado. Face ao exposto, certo é que o processo não corresponde apenas a um simples procedimento, mas sim à união do procedimento com a relação jurídica, possuindo como base, sempre, a lealdade e a cooperação entre as partes.<sup>159</sup>

Logo, qualquer comportamento das partes que vise a corromper ou obstar a concretização desse direito deve ser tido como ilícito, pois caracterizado o abuso do direito e o desvirtuamento de sua finalidade e função.

O que se busca com a aplicação do instituto do *contempt of court* ao direito processual civil, nessa ordem de ideias, é a previsão de sanções que sirvam como forma de conter qualquer abuso que possa macular a função social do processo.

Tal consideração é relevante, pois o grande dilema atual do Poder Judiciário está relacionado com a eficácia das suas decisões, com produção de efeitos concretos. Nesse

---

159 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 312-317.

passo, tanto o legislador quanto os tribunais vêm buscando meios hábeis a reprimir o não cumprimento das decisões, de modo a não imperar o brocardo “ganhou, mas não levou”.

O problema do objeto de estudo, portanto, é a verificação de condutas que possam atentar à dignidade da justiça, com a análise das possíveis sanções de serem aplicadas para inibir referidas ações, adequando a teoria do *contempt of court* ao ordenamento jurídico pátrio.

Em relação ao aspecto metodológico, serão utilizados procedimentos de pesquisa jurídico-teórica, especificando a incorporação do *contempt of court* pelo direito processual civil pátrio, em especial das normas contidas nos artigos 14, 461, §5º, 600, 601, 879, 880 e 881 do Código de Processo Civil de 1973 e o Capítulo I, do Título Único, do Livro I, da Parte Geral do novo Código de Processo Civil, bem como os artigos 77 e 536, §1º. Nesse passo, por se tratar de objeto de estudos com traços preponderantemente teóricos, foram aplicadas técnicas típicas da análise de conteúdo.

A respeito da pesquisa doutrinária, será utilizado o método dialético, de modo que as leituras e hipóteses trazidas por cientistas do direito em suas obras sejam analisadas para entender o todo, qual seja, o instituto do *contempt of court* em si, para depois buscar soluções e exemplos de aplicações práticas do instituto nas individualidades da prática processual civil. Será utilizada, também, a analogia, de modo a adequar a aplicação do instituto alienígena no direito anglo-saxão ao ordenamento jurídico brasileiro.

Noutra senda, no que tange ao plano de abordagem, o primeiro capítulo tratará de um aspecto fundamental para o tema em estudo: a análise principiológica que embasa todo o instituto importado do direito estrangeiro, iniciando-se pela força coercitiva que hoje é conferida aos princípios, para depois estudar os princípios da função social do processo, boa-fé objetiva e cooperação entre as partes, já que, como visto acima, referidos princípios fundamentam toda a justificativa e necessidade da incorporação e aplicação do *contempt of court* ao direito processual civil brasileiro.

Por seu turno, o segundo capítulo tem por escopo a análise do instituto considerado em si mesmo, apresentando seu conceito, origem histórica, hipóteses de aplicação e as sanções trazidas e classificações.

Ao final, o último capítulo foi construído para demonstrar a incorporação e a evolução legislativa do *contempt of court* no direito processual civil pátrio, para tratar do princípio da atipicidade dos meios executivos e a possibilidade de se utilizar a prisão civil como meio coercitivo de cumprimento dos provimentos judiciais.

## 2 ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA

### 2.1 A FORÇA COERCITIVA DOS PRINCÍPIOS

A justificativa para a aplicação do instituto *contempt of court* ao ordenamento jurídico pátrio baseia-se na ocorrência de atos no curso do processo que ferem o princípio da boa-fé, principalmente nas suas facetas de lealdade processual e cooperação entre as partes, deixando de fazer, assim, com que o processo atinja sua função social.

Sendo assim, para se considerar a hipótese de que as partes possam ser punidas por violarem princípios que regem a relação processual, é preciso ter em mente que os princípios possuem força normativa e coercitiva, sendo capazes, portanto, de ditarem normas de comportamento éticas aos sujeitos processuais.

Essa função normativa-principiológica foi amplamente delineada por Ronald Dworkin ao criticar ferrenhamente o positivismo, tendo em vista que referida concepção jurídica



desconsiderava a importância dos princípios como influenciadores do convencimento do julgador e determinantes nas soluções de casos concretos.

Nesse sentido, apresenta a seguinte definição de princípio:

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.<sup>160</sup>

Como forma de exemplificar e embasar seu entendimento, Dworkin analisa dois famosos casos julgados pelas cortes americanas (*Riggs contra Palmer*<sup>161</sup> e *Henningsen contra Bloomfield Motors, Inc.*<sup>162</sup>), demonstrando que as normas principiológicas, principalmente no que concerne aos *hard cases*, constituem fundamento de decisão e podem até mesmo prevalecer sobre regras positivadas. Isso porque, no caso *Riggs contra Palmer*, entendeu-se que as leis podem ser limitadas por máximas gerais e fundamentais do direito, a fim de retirar do neto que assassinou seu avô o direito à herança. Já no caso *Henningsen contra Bloomfield Motors, Inc.*, chegou-se à conclusão de que, por mais que existam normas definidas em um contrato, estas não podem servir de instrumento de iniquidade e injustiça.

Por seu turno, outro grande jurista do assunto, Robert Alexy, fortemente influenciado pela teoria dos princípios desenvolvida por Dworkin, também entende que o sistema jurídico, além de regras, é composto por princípios jurídicos, capazes de influenciarem e fundamentarem decisões em que as normas positivadas não determinem uma única solução, ou sequer apresentem resposta ao caso concreto.

Com isso, construiu seu próprio conceito de princípios:

Princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>163</sup>

Tão importante é um princípio que, além de ser retirado do próprio ordenamento jurídico, vai além do positivismo puro de regras, incorporando à Ciência Jurídica concepções éticas, morais e sociopolíticas. É o entendimento esposado pelos professores Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Considerando os escopos sociais e políticos do processo e do direito em geral, além do seu compromisso com a moral e a ética, atribui-se extraordinária relevância a certos princípios que não se prendem à técnica ou à dogmática jurídicas, trazendo em si seriíssimas conotações éticas, sociais e políticas, valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador.<sup>164</sup>

Tendo em vista os casos analisados por Dworkin, a nova função recentemente adquirida pelos princípios (função normativa) e a importância que lhes é conferida, pode-se dizer que hoje se chegou ao entendimento de que os princípios não devem ser utilizados tão

160 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

161 *Ibidem*, p. 37.

162 *Ibidem*, p. 38.

163 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90.

164 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 59.

somente nos casos em que as regras são inexistentes ou ineficazes, mas mesmo quando exista lei, a fim de que esta não seja aplicada apenas em sua literalidade, e sim buscando seu aspecto sistemático e teleológico, como forma de conferir coesão ao sistema jurídico e evitar qualquer injustiça. É o que se extrai do seguinte trecho:

As normas denominadas principiológicas, por possuírem um maior alcance, não só podem como devem ser aplicadas diretamente, ainda que exista uma regra legislativa específica à matéria. Há de se permitir a subsunção à luz de princípios jurídicos, ainda que se eclipsando o sentido literal da lei.<sup>165</sup>

Certo é, ainda que gerais, abstratos e com funções orientadora, interpretativa e integrativa, os princípios possuem um núcleo normativo, que induz deveres a serem impostos ou preservados, a fim de elidir qualquer violação ao bem jurídico que representam.

Tanto assim o é, que a não observância dos princípios constitui falta grave e desestabiliza toda a sistemática jurídica que o integra, conforme as palavras de Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de seus comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isso porque, ao ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se a estrutura neles esforçada.<sup>166</sup>

Face a isto se encontra a importância de estudo do *contempt of court*, pois o instituto visa inibir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça, que constitui, propriamente dito, violação de princípios processuais atinentes aos deveres das partes no curso de um processo, utilizando-se da força normativa que possuem os princípios como fundamento para punir o transgressor.

## 2.2 IMPORTANTES PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DEVER DAS PARTES NA RELAÇÃO PROCESSUAL

### 2.2.1 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO

Cumprir evidenciar a lição de Frederico Marques, ao trabalhar as duas facetas do princípio da função social do processo, através da atuação dos magistrados e tribunais:

A atuação deste órgão estatal, ou autoridade, no processo destinado a resolver a lide, tem de ser justa, imparcial e desinteressada. Na resolução do conflito, deve-se dar a cada um o que é seu, de acordo com os preceitos da ordem jurídica. É que, como assinala Liebman, diante de situações concretas e reais da vida, “o direito dita o preceito concreto que os indivíduos estão obrigados a observar”.

---

165 DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. **Princípios do Processo Civil: Noções Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 26.

166 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1981, p.230.

Essa função que o Estado desenvolve no *processo*, para aplicar a lei e fazer justiça, tem o *nomen juris* de *jurisdição*, a qual pode ser definida como a aplicação do direito objetivo em relação a uma pretensão.<sup>167</sup>

Percebe-se, então, que o processo desempenha sua função social através de duas frentes. A primeira, vinculada ao princípio do acesso à justiça, relaciona-se à prestação jurisdicional conferida pelo Estado a fim de dirimir as controvérsias existentes entre os litigantes, como forma de se alcançar a pacificação social.

Por outro lado, também expressa a máxima da justiça abordada pelo Direito Romano, *suum cuique tribuere*, no sentido de se ver a lide resolvida de forma justa e imparcial, conferindo a cada litigante o direito que realmente lhe pertence.

Enquanto os princípios da lealdade processual e cooperação tratam do aspecto interno da relação processual, pois depende dos sujeitos quererem participar do processo segundo deveres éticos, a função social do processo abarca o aspecto externo dessa relação, pois está intimamente ligada às ideias de pacificação social e senso de justiça e equidade.

Sendo assim, a análise de referido princípio é de suma importância para o *contempt of court*, já que o instituto alienígena tem por escopo evitar qualquer ato que possa desvirtuar não uma relação processual analisada individualmente, mas sim o próprio sentido do processo, colocando em risco a posição e a autoridade que exerce o Estado-juiz e desacreditando os particulares de que suas demandas possam ser analisadas de forma justa e efetiva.

Por fim, fica a lição de Eduardo Cambi sobre a interpretação e método de estudo que deve ter o direito processual civil para que sempre objetive a função social desempenhada pelo processo:

Assim, o estudioso do processo civil não pode tomar como objetivo exclusivo de suas análises e de suas pesquisas apenas regras processuais, consideradas, apenas, como uma parcela do sistema jurídico. Os dispositivos processuais devem ser compreendidos à luz da realidade social para as quais foram predispostos, o que impõe aos processualistas e aos operadores jurídicos deixar de lado a pureza e a cientificidade de sua disciplina para se ocupar dos problemas da administração da justiça. Essas questões tocam diretamente o processo civil, devendo ser estudadas pelos juristas e não apenas pelos políticos, sociólogos e filósofos do Direito. Entretanto, a maioria dos nossos Manuais de Processo Civil trata apenas de uma abordagem estritamente dogmática (tecno-jurídica) dos institutos processuais, deixando-os de contextualizá-los com a realidade social em que são aplicados, o que levam muitas vezes a caírem no equívoco de calcarem a ciência processual em conceitos que, não raro, encontram respaldo na dinâmica da vida. Essa visão estreita incorre, fechando no hermetismo técnico-jurídico das regras processuais, em um grave equívoco, uma vez que o processo, como todo fenômeno jurídico, antes de assim ser, é um fenômeno social, que serve como

---

167 MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Millenium, 1999, p.23.

um instrumento ou um meio (não como um fim) para realização da justiça, que é um valor eminentemente social.<sup>168</sup>

Percebe-se, assim, que referido ensinamento relaciona-se com os entendimentos modernos trazidos por duas fases metodológicas do direito processual, a do instrumentalismo e do formalismo valorativo, demonstrando que o processo, embora autônomo, representa meio para a concretização do direito material e a serviço da paz social, trazendo consigo aspectos éticos e constitucionais.

## 2.2.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL

Inicialmente, importante destacar que os princípios da boa-fé processual, cooperação e lealdade se tangenciam, uma vez que estes dois últimos princípios são corolários daquele. Nesse sentido:

Como norma criadora de deveres, a boa-fé impõe determinadas condutas (pautadas na lealdade e nos deveres de cooperação e colaboração) e revela-se em seus aspectos objetivos, que se podem importar do direito privado, e sua observância deve ser imposta pelo juiz no processo civil sempre que necessário.<sup>169</sup>

A partir desse ensinamento, é possível perceber o caráter coercitivo do princípio da boa-fé, já que é definido como norma criadora de deveres, que deve sempre ser aplicada pelo juiz no curso do processo e observada perante todas as partes.

Isso porque, além da função normogenética que hoje é atribuída aos princípios, a boa-fé, especificamente, tem como fundamento um dos objetivos previstos na Constituição da República: a solidariedade.

Quanto a este ponto, Fredie Didier ensina com maestria:

Há quem veja no inciso I do artigo 3º da Constituição brasileira o fundamento constitucional da proteção da boa-fé objetiva. É objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre justa e solidária. Haveria um *dever fundamental de solidariedade*, do qual decorreria o dever de não quebrar a confiança e de não agir com deslealdade.<sup>170</sup>

Com isso, percebe-se que a conduta leal e justa deve revestir o sujeito processual de maneira essencial e intrínseca, uma vez que a violação do princípio da boa-fé ofende não somente a outra parte litigante da relação jurídica processual, mas também atinge a própria eficácia e ideal de justiça que pretende obter a tutela jurisdicional conferida pelo Estado-juiz.

Noutra senda, é possível notar, a partir da detida leitura dos trechos colacionados, que a boa-fé processual é abordada em seu aspecto objetivo, e não subjetivo. A boa-fé subjetiva é entendida como suporte de fatos jurídicos e provém da vontade interna do agente. Em outro sentido, de modo muito mais abrangente, a boa-fé objetiva importa em uma norma de conduta, impondo e proibindo situações jurídicas.

Perfaz-se válido destacar o entendimento de Brunela de Vincenzi:

Assim, em sentido diverso da boa-fé subjetiva, ao conceito de boa-fé objetiva estão subentendidas as regras de conduta fundadas na

168 CAMBI, Eduardo. **Função Social do Processo**. Tutela Jurisdicional Coletiva. Coordenadores Fred Didier Júnior e José Henrique Mouta. Salvador: Jus Podivim, 2009, p. 168.

169 VINCENZI, Brunela Vieira de. **A Boa-Fé no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 24.

170 DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 15. ed. Salvador: Jus Podivim, 2013, p. 81.

honestidade, na lealdade, na retidão, em consideração e cooperação com a outra parte, ou, ainda, com a sociedade. Daí, respeita-se também a legítima expectativa criada na contraparte e nos membros da sociedade, decorrente do comportamento adotado ou até pela imagem do obrigado.<sup>171</sup>

Como visto no sub-tópico que tratou do princípio da função social do processo, a boa-fé, juntamente com os princípios da lealdade e cooperação, visa inibir qualquer ato das partes que não esteja condizente com os deveres éticos e morais, fazendo com que o processo alcance sua função de pacificação social e possibilidade de pronunciamentos justos.

Sendo assim, a fim de ser o sustentáculo da função social do processo, a boa-fé foi expressamente prevista tanto no Código de Processo Civil de 1973 quanto no de 2015, através dos artigos 14 e 5º, respectivamente, *in verbis*: “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: II – proceder com lealdade e boa-fé”.<sup>172</sup> “Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.<sup>173</sup>

Nesse ponto continua Didier ao afirmar que foi acertada a opção do artigo 5º ao trazer uma cláusula geral processual bastante por si só, tendo em vista a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo, sendo certo que qualquer enumeração legal de hipóteses que atentem contra a boa-fé tornaria o dispositivo ineficaz.<sup>174</sup>

Outra importante conclusão acerca do princípio da boa-fé processual que se é possível inferir dos supracitados artigos é a de que as normas de conduta definidas por esta norma jurídica não se aplicam tão somente aos litigantes, mas também a todas as pessoas que de alguma forma interfiram no âmbito processual, sejam elas juízes, promotores, advogados, serventuários ou escriturários.

Percebe-se, portanto, que ao magistrado, além de fiscalizar a observância e fazer valer as diretrizes expressas pelo princípio da boa-fé, deve, ainda, adotar comportamento ético condizente com referida norma principiológica, seja no tratamento com urbanidade e respeito com as partes, como também na formação de uma convicção para julgamento livre de qualquer interferência externa ou parcialidade.

A partir da análise da boa-fé processual, percebe-se que tal princípio constitui o mais importante fundamento de incorporação e aplicação do *contempt of court* ao direito processual brasileiro, tendo em vista que a norma de conduta expressa nesse princípio tem como objetivo conferir efetividade ao processo, derrubando qualquer ato que tenha o condão de interferir no devido trâmite processual, que possa prejudicar qualquer agente do processo, ou, ainda, que possa desacreditar a função jurisdicional exercida pelo Estado. É o que se percebe através da leitura do seguinte parágrafo:

O processo civil contemporâneo, direcionado à efetividade, dá indícios de que não irá tolerar condutas processuais que impeçam – ou pretendam impedir – a realização do direito material por seu

171 VINCENZI, Brunela Vieira de. **A Boa-Fé no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 159.

172 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 17.1.1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>.

173 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 17.3.2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>.

174 DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivim, 2015, p. 105.

intermédio. Por tal motivo, fala-se tanto, nos dias atuais, em abuso de direito, ilícito processual, ato atentatório à dignidade da justiça, *contempt of court* etc., como formas de coibir o exercício inadmissível de posições jurídicas na relação processual.<sup>175</sup>

Ao exposto, como se pode observar do próprio trecho, o instituto alienígena abordado nesta pesquisa é de suma importância para que o instrumento processual seja observado segundo parâmetros éticos, sob pena de corromper o direito material por ele resguardado. O processo não pode ser um fim, mas um meio para se proteger o bem jurídico que se encontra sob controvérsia.

Daí o surgimento das hipóteses de aplicação e sanções propostas pelo *contempt of court*, pois se adotou o entendimento de que todo aquele que ferir o bom seguimento processual deve suportar as consequências de seus atos, até que a relação de equilíbrio entre os sujeitos seja reestabelecida, bem como as penalidades que lhe forem impostas, que possuem funções preventiva, educativa, coercitiva e repressiva. É ler:

Assim, quebrando o dever de boa-fé, que é presumido desde o início do processo, quando se concede às partes o direito de movimentar a máquina judiciária e dela obter a tutela adequada para seu conflito privado, deverá a parte que o violou assumir maiores obrigações e responder por deveres mais severos até retomar a credibilidade e a confiança perdidas.

A aplicação da cláusula geral da boa-fé no processo civil, ademais, permite impor medidas procedimentais que tenham função preventiva e educativa, além da repressiva que é atingida, precipuamente, pelo modelo processual brasileiro contemporâneo com a aplicação de sanções pecuniárias [...].<sup>176</sup>

### 2.2.3 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O processo pode ter diferentes modelos de estruturação dependendo do modo como seus atos vão sendo produzidos ao longo do seu trâmite. Dois são os modelos amplamente conhecidos: o adversarial, onde predomina o princípio dispositivo, e o inquisitorial, que tem por base o princípio inquisitivo. O primeiro enfatiza que a relação processual é construída a partir dos atos das partes, ficando o magistrado como expectador até que tenha de proferir os atos que lhe incumbem. De outro modo, o segundo modelo coloca o juiz como verdadeiro investigador processual.

Em que pese a existência desses dois modelos, Didier defende que o direito processual civil utilize-se de outro modelo para se desenvolver, o cooperativo, de modo a existir uma relação ativa entre as partes, o magistrado e qualquer outro sujeito processual, com o objetivo de fazer valer as diretrizes expressas pelos princípios do devido processo legal, boa-fé e contraditório.<sup>177</sup>

Antes de adentrar na relação entre o princípio ora estudado com os princípios dos quais é corolário, é importante trazer à baila o ensinamento de Gabriela Pinheiro de Oliveira acerca da ideia e importância trazidas pelo princípio da cooperação:

175 VINCENZI, Brunela Vieira de. **A Boa-Fé no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 19.

176 VINCENZI, Brunela Vieira de. **A Boa-Fé no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 173.

177 DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivim, 2015, p. 124-125.

O princípio da cooperação é a *pedra de toque* do moderno processo civil, uma vez a ideia que se prega é a de que as partes e o juiz devem colaborar entre si, de modo a construir um processo mais justo, efetivo e célere. É importante que se destaque que a concretização de tal princípio traduz um interesse público, já que, ao se evitar a surpresa, a decisão inesperada por qualquer das partes, aumenta-se a credibilidade das partes na justiça e, por consequência, garante maior segurança jurídica no provimento final.<sup>178</sup>

Nesse sentido, o princípio da cooperação guarda relação com o devido processo legal, pois a visão cooperativa do processo concretiza o *substantive due process* bem como o *procedural due process* na medida em que, respectivamente, satisfaz o interesse público, assegurando ao processo sua função social, além de garantir às partes todos os direitos que lhe são cabíveis dentro da relação processual.

A cooperação também representa uma das facetas da boa-fé objetiva, já que tem o condão de vedar qualquer comportamento desleal ou antiético das partes que possa não conferir ao processo sua razoável duração, ou que impeça que um dos litigantes receba o direito que lhe foi conferido, desacreditando assim, que a atividade jurisdicional possa ser efetiva.

O princípio em análise também é corolário do contraditório, uma vez que, como visto no trecho colacionado acima, tem por escopo evitar a surpresa das partes tanto em relação a atos recíprocos, quanto no momento de prolação da decisão judicial. Sendo assim, deve o juiz possuir uma postura de constante diálogo entre as partes, esclarecendo qualquer dúvida que possa existir, informando as partes das consequências de seus atos e equilibrando-as no âmbito jurisdicional para que não tenham apenas ciências dos atos processuais e oportunidade de se manifestarem sobre eles, mas que também possam influenciar na convicção racional do magistrado na hora em que este for se pronunciar.

A adoção do modelo cooperativo, conferindo devido prestígio ao contraditório, é possível notar através da leitura dos artigos 6º e 10 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.<sup>179</sup>

Como se percebe, a cooperação também é um dos fundamentos que embasam o *contempt of court*, haja vista que todo aquele que pratica um ato atentatório à dignidade da justiça não está agindo com seu dever de cooperação processual. Nessa senda, além da previsão trazida pelo instituto, Bento Duarte e Zulmar Júnior, na obra em que analisam os

---

178 OLIVEIRA, Gabriela Pinheiro de. O Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil. In: CASTRO, João Antônio Lima (coord.). **Direito Processual**. Estudos Jurídicos Aplicados. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2010, p. 277-278.

179 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 17.3.2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>.

princípios do processo civil, ainda estabelecem exemplos que podem ser encontrados dentro do CPC que concretizam o princípio da cooperação:

No direito processual civil pátrio, o CPC estabelece o princípio da cooperação por meio de diversos dispositivos, a exemplo das regras pelas quais os documentos devem acompanhar a inicial e a defesa; as partes podem ser ouvidas a qualquer tempo; as nulidades devem ser arguidas na primeira oportunidade que as partes tiverem para falar nos autos; os demandantes devem juntar documentos determinados pelo juiz, sob pena de confissão; os litigantes de má-fé são sancionados pecuniariamente etc.<sup>180</sup>

Ultrapassada a origem, importância e aplicabilidade do princípio da cooperação, resta agora analisar os deveres oriundos da referida norma principiológica. Para isso, cumpre salientar a doutrina de Didier que, além dos deveres já expressos através do princípio da boa-fé, ainda apresenta três outros decorrentes da cooperação:

O mais difícil é, realmente, sistematizar os deveres processuais que decorrem do princípio da cooperação. Para tanto, convém valer-se de tudo o que já se construiu a respeito dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé no âmbito do direito privado. *O dever de cooperação é um deles*. Os deveres de cooperação podem ser divididos em deveres de *esclarecimento*, *lealdade* e de *proteção*.<sup>181</sup>

Esses três deveres podem ser aplicados tanto em relação às partes, quanto ao magistrado. No que tange às partes, o dever de esclarecimento pode se consubstanciar, por exemplo, na boa redação das peças processuais, contendo todos os requisitos definidos em lei; já a lealdade pode ser observada na vedação de qualquer ato atentatório à dignidade da justiça; por último, a proibição de qualquer inovação ilegal no estado de fato ou do bem litigioso (atentado) representa o dever de proteção.

Já em relação à perspectiva do juiz, o dever de esclarecimento está presente quando o julgador ilide qualquer dúvida que possa surgir no decorrer do processo ou, ainda, quando consulta as partes para se manifestar sobre ou utilizando-se de matéria ainda não debatida nos autos; a lealdade configura-se no agir com boa-fé, o qual se impõe a toda pessoa que de alguma forma participe do processo; *in fine*, a advertência sobre o comportamento das partes e o suprimento e correção de qualquer ato que possa constituir um óbice para o bom andamento processual ou para a descoberta da verdade dos autos demonstra a existência de um dever de prevenção.

Com isso, realizada uma breve consideração acerca de toda a base principiológica que sustenta o instituto *contempt of court*, passa-se agora ao estudo em si do instituto, para posteriormente analisar sua incorporação, evolução e aplicação ao direito processual civil pátrio.

---

180 DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. **Princípios do Processo Civil: Noções Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 102.

181 DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivim, 2015, p. 127.



### 3 CONTEMPT OF COURT

#### 3.1 A ORIGEM DO INSTITUTO NA *COMMON LAW*

Antes mesmo de adentrar ao próprio surgimento do *contempt of court*, é necessário fazer menção à incipiente ideia de *contempt of the king*. Para isso, perfaz-se necessário entender três conceitos, dentro do direito anglo-saxão: paz geral, paz do rei e *oferhynes*. A paz geral, se possível fazer uma livre comparação, estaria associada, hoje, à ideia de pacificação social. Nesse passo, qualquer ato ilícito cometido feria à própria comunidade, cabendo à Justiça fazer retornar ao *status quo* proposto pela paz geral.

A paz do rei, na acepção de Fabiano Aita Carvalho, “consistia, à época, na mais elevada proteção social concedida a pessoas, em épocas e lugares específicos, sendo de destaque a residência do rei e suas adjacências.”<sup>182</sup>

Com a posição cada vez mais centralizada do soberano, o rei passou a representar toda a engrenagem estatal, até mesmo a concepção de direito e justiça, absorvendo, dentro do conceito de paz do rei, a paz geral. Sendo assim, qualquer obstrução da justiça passou a ser considerada como próprio ato de desrespeito ao rei, o que ficou conhecido como *contempt of the king*.

Como meio de punir qualquer ofensa à paz do rei entra em cena a *oferhynes*, que consiste “numa violação da ‘paz pessoal’ do Rei, punida com uma das mais altas *writes*, ou seja, uma multa de índole pagável ao Rei ou a outra autoridade pública”<sup>183</sup>, aplicada nos seguintes casos: “recusa de cumprir uma sentença, deixar de comparecer ao *gemot*, e o desacato ao juiz ou ao ‘chefe’ da cidade.”<sup>184</sup>

Evoluindo no tempo, já dentro do direito inglês, no século XII surgiu a expressão *contemptus curiae*, que posteriormente evoluiu para o que hoje chamamos de *contempt of court*, sendo que “a primeira referência à sua aplicação remonta ao ano de 1187, em hipótese de réu que não acudiu à citação.”<sup>185</sup>

No entanto, o instituto ainda estava ligado ao *contempt of the king*, sendo “muito importante no processo de formação da *common law*, impulsionando a adoção de um sistema jurídico comum na Inglaterra, já que era por meio deste que o rei conseguia que suas regras fossem cumpridas uniformemente em todo o reino.”<sup>186</sup>

Adriana Villa-Forte ainda leciona no sentido de informar como era o procedimento de aplicação do *contempt of court* em seus primórdios:

O procedimento adotado para a aplicação do *contempt of court* era simples, incluía apenas a citação do *contemnor* por uma ordem chamada de *writ of attachment*, que continha a acusação de prática de ato de *contempt of court*. A ordem poderia ser de *attachment by body* ou de *attachment by pledge*, dependendo da gravidade do ato cometido. A primeira hipótese era para aprisionamento imediato do

182 CARVALHO, Fabiano Aita. **Multa e Prisão Civil: O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 18.

183 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 75.

184 CARVALHO, Fabiano Aita, op. cit., p. 18.

185 ASSIS, Araken de. **O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. São Paulo, Revista de Processo, V. 111, 2003, p. 18.

186 BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O Contempt of Court no Direito Brasileiro e Norte-Americano**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149680.pdf>>, p.33.

*contemnitor*, a ser cumprido pelo xerife sem qualquer julgamento. A segunda hipótese contemplava uma data para julgamento e ordem para que fosse arrestado um bem do acusado como garantia de que este compareceria em juízo, sem maiores detalhes como a especificação do ato cometido ou a data em que ocorreu.<sup>187</sup>

Ao longo do tempo, sua forma de aplicação foi evoluindo, deixando de estar vinculada à figura do soberano para incorporar-se aos magistrados e órgãos judiciais locais. Com isso, direitos e garantias começaram a ser observados, deixando de serem aplicadas penas indeterminadas ou cruéis e surgindo a multa como uma alternativa sancionatória.

Todavia, a estruturação do *contempt of court* ocorreu após a publicação do voto de um juiz em 1802, proferido em razão das críticas feitas por *Almon* em relação ao *Chief Justice Lord Mansfield*. É o ensinamento de Araken de Assis:

Na Inglaterra, a configuração básica do instituto emergiu de voto do Juiz Wilmot, publicado depois de sua morte, em 1802, e influenciado por Blackstone. Tratava-se da publicação de libelo por um livreiro chamado Almon contra o Chief Justice Lord Mansfield. Em síntese, o poder de contempt, na concepção do Juiz Wilmot, decorria da possibilidade qualquer corte vingar sua própria autoridade, prendendo ou multando quem a desafiasse em caráter público.<sup>188</sup>

Vista a origem do instituto no direito britânico, cumpre agora analisar sua incorporação pelo direito norte-americano, onde o *contempt of court* desenvolveu-se com maior importância e utilização, até mesmo porque, por mais que faça parte do sistema da *common law*, diferentemente do que usualmente ocorre na Inglaterra, nos Estados Unidos há legislação e compilação de matérias jurídicas, inclusive do instituto analisado por esta monografia.

É o que se percebe a partir da leitura da seção 17 do *Judiciary Act*, de 1789, que conferiu aos tribunais, de forma legislada, a possibilidade de aplicação de multa e prisão civil para todo aquele que praticar um ato de desprezo à sua autoridade:

Judiciary Act 1789, Sec. 17. *And be it further enacted*, That all the said courts of the United States shall have power to grant new trials, in cases where there has been a trial by jury for reasons for which new trials have usually been granted in the courts of law; (a) and shall have power to impose and administer all necessary oaths or affirmations, and to punish by fine or imprisonment, at the discretion of said courts, all contempts of authority in any cause or hearing before the same; (b) and to make and establish all necessary rules for the orderly conducting business in the said courts, provided such rules are not repugnant to the laws of the United States.<sup>189</sup>

---

<sup>187</sup> Idem.

<sup>188</sup> ASSIS, Araken de. *O Contempt of Court no Direito Brasileiro*. São Paulo, Revista de Processo, V. 111, 2003, p. 18.

<sup>189</sup> UNITED STATES OF AMERICA. An Act to establish the Judicial Courts of the United States. Act of 1789. First Congress, Sess. I. Ch. 20. Disponível em: <<http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage>>.

O instrumento normativo que estabeleceu a Corte Judicial nos Estados Unidos foi posteriormente modificado em 1821, sendo que aos poucos a legislação foi adotada pelos estados norte-americanos, em declínio do precedente do Juiz Wilmot que anteriormente era utilizado como fundamento para a aplicação do *contempt of court*.<sup>190</sup>

Atualmente, o instituto é aplicado no direito norte-americano através dos *coercitives remedies*, que “correspondem à espécie de execução judicial de um direito legal obtido em ação civil”<sup>191</sup>, constituindo “ordens que determinam que a parte faça ou deixe de fazer um determinado ato específico por intermédio de uma *injunction* ou de uma *order of specific performance*”<sup>192</sup>.

Sendo assim, descumprida uma *injunction* ou uma *order of specific performance*, há a incidência do instituto *contempt of court*. Nesse passo, as *injunctions* “representam ordens de fazer, não fazer ou cessar alguma atividade ilícita ou danosa”<sup>193</sup>, enquanto a *order of specific performance*

[...] é uma ordem judicial que determina o cumprimento de uma obrigação contratual na forma específica, pode ser comparada a uma execução específica ou uma execução de objetivo específico, “é o remédio jurisdicional que concede a tutela específica das obrigações”.<sup>194</sup>

### 3.2 CONCEITO

Como visto acima, a origem do *contempt of court* está ligada ao ideal de se fazer valer as decisões emanadas pelo órgão que detém a função judiciária, seja em um primeiro momento exercida pelo monarca, ou, atualmente, pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, complementa Ada Pellegrini:

[...] é inerente à própria existência do Poder Judiciário a utilização dos meios capazes de tornar eficazes as decisões emanadas. É inconcebível que o Poder Judiciário, destinado à solução de litígios, não tenha o condão de fazer valer os seus julgados. Nenhuma utilidade teriam as decisões, sem cumprimento ou efetividade. Negar instrumentos de força ao Judiciário é o mesmo que negar sua existência.<sup>195</sup>

Sendo assim, o instituto surge para combater qualquer ato que atente à dignidade do próprio órgão que profere as decisões, como também que, de alguma forma, possa ilidir o cumprimento e a eficácia do mandamento. *Contempt*, assim, palavra derivada de *contemptus*,

190 CARVALHO, Fabiano Aita. **Multa e Prisão Civil: O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 20.

191 BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O Contempt of Court no Direito Brasileiro e Norte-Americano**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149680.pdf>>, p.38.

192 Idem.

193 CARVALHO, Fabiano Aita. op. cit., p. 23.

194 BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O Contempt of Court no Direito Brasileiro e Norte-Americano**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149680.pdf>>, p. 42-43.

195 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência a ordens judiciais: o contempt of court**. Revista de Processo, v. 102, 2001, p. 220.

ainda que não guarde estrita relação com um vocábulo da língua portuguesa, pode ser entendido como desacato. Nesse passo, *contempt of court*, a partir de uma livre tradução, significa “desacato à Corte”.

Ada Pellegrini define *contempt of court* como “a prática de qualquer ato que tenda a ofender um tribunal na administração da justiça ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem”<sup>196</sup>. Já Araken de Assis entende ser “a ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências, sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial”<sup>197</sup>. Ainda, Brunela de Vincenzi espousa a seguinte lição:

O *contempt of court* é instituto do direito consuetudinário dos países de *common law*. Mais do que forma de sancionar o abuso de direito ou o ilícito processual, é mecanismo de proteção ao *due process of law*, permitindo um *fair procedure*. Verifica-se, então, que não é instituto assemelhado ao abuso de direito, visto que tem natureza distinta. Trata-se de um poder inerente aos juízes e tribunais - *contempt power* -, para que sejam coibidos e punidos os atos praticados pelas partes, por terceiros ou por auxiliares da justiça que causem – ou sejam aptos a causar – dano à justiça, a sua imagem, ao respeito do povo pela justiça, sua credibilidade e à honra de seus membros.<sup>198</sup>

No entanto, para bem se compreender o conceito do instituto, é necessário, antes, conhecer algumas expressões a ele relacionadas, quais sejam, *inherent powers*, *contempt power*, *contemnor* e *contemptuous act*.

*Inherent power* é o poder inerente à todo órgão jurisdicional e ao próprio juiz, de modo a preservarem sua autoridade e determinar o cumprimento de suas decisões. Nas palavras de Marcelo Guerra:

[...] os *inherent powers* dos juízes são “poderes instrumentais” de que se acham investidos esses mesmos juízes, no desempenho da função que lhe é própria e específica. Ao atribuir aos órgãos jurisdicionais poder para exercer a sua função específica, o ordenamento jurídico atribui também poderes para realizar todas as atividades e tomar todas as providências que assegurem concretamente o desempenho correto e ordenado dessa mesma função.<sup>199</sup>

Já o *contempt power* constitui o fundamento do *contempt of court*, criado a partir dos *inherent powers*, sendo entendido como a legitimidade de se reprimir os atos que atentem contra a dignidade da justiça. Portanto, possui como propósitos “a preservação da efetividade

---

196 *Ibidem*, p. 221.

197 ASSIS, Araken de. *O Contempt of Court no Direito Brasileiro*. São Paulo, Revista de Processo, V. 111, 2003, p. 19.

198 VINCENZI, Brunela Vieira de. *A Boa-Fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 123.

199 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 92-93.

e do poder das Cortes”<sup>200</sup> e “a proteção e tutela dos direitos das partes por intermédio da imposição do cumprimento das decisões judiciais”<sup>201</sup>.

*Contemnor* é o sujeito do instituto *contempt of court*, ou seja, é aquele que comete o ato de desacato. E *contemptous act* é o próprio ato de *contempt* em si, ou seja, é a conduta tida como atentatória à autoridade do juiz ou tribunal, ou, ainda, que possa ser considerada como obstáculo à garantia de efetividade da tutela jurisdicional. Nesse passo, Fabiano Aita apresenta os tipos de comportamento que ensejam a aplicação do *contempt of court*:

I) ato de desrespeito ou desprezo ao juiz ou à corte; II) ato de desafio à autoridade do juiz ou da corte; III) comportamento voltado à obstrução da justiça, e IV) qualquer comportamento capaz de impedir o tribunal de fornecer a tutela jurisdicional específica ou adequada.<sup>202</sup>

Percebe-se que muitas poderão ser as condutas que configuram ato de *contempt*, pois os tópicos acima elencados conferem a possibilidade de serem interpretados extensivamente. E na mesma esteira adverte Marcelo Guerra sobre não poder ser taxativo o rol de hipóteses de *contempt*, apresentando exemplificações de condutas para justificar sua afirmação:

[...] o *contempt of court* pode ser considerado como condutas diversas, desacato à corte literalmente, desprezo ao Tribunal, não apenas o descumprimento de ordem judicial: a roupa com que a parte ou o advogado vai ao Tribunal; a expressão facial de um advogado ou de uma parte, a publicação de uma matéria relativa a um processo em andamento; a tentativa de se agredir o juiz, o advogado, algum oficial de justiça ou alguma parte. Há um elenco enorme de condutas que são praticadas tanto em relação ao órgão jurisdicional como à parte, ao advogado e ao oficial de justiça.<sup>203</sup>

A partir de todas as considerações, chega-se ao conceito final do instituto em análise: *contempt of court* é um instituto advindo da *common law* que tem por base os princípios da função social do processo, boa-fé objetiva, lealdade e cooperação, sendo mecanismo de proteção ao devido processo legal e podendo ser entendido como a prática, pelo *contemnor*, de *contemptus act*, que abrange atos de desacato ou desafio à autoridade do órgão jurisdicional e do próprio juiz, que atentam contra a dignidade da justiça ou representam obstáculo à garantia de efetividade da tutela jurisdicional, sendo que referidas condutas merecem ser punidas por aqueles que se sentiram violados, tomando por fundamento o *inherent power*, que legitima as sanções por intermédio do *contempt power*.

### 3.3 CLASSIFICAÇÕES

200 BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O Contempt of Court no Direito Brasileiro e Norte-Americano**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149680.pdf>>, p. 48.

201 Ibidem, p. 48-49.

202 CARVALHO, Fabiano Aita. **Multa e Prisão Civil: O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 24.

203 GUERRA, Marcelo. **Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro**. Brasília: CJF, Série Cadernos do CEJ, vol. 23, 2003, p. 315.

### 3.3.1 CONTEMPT DIRETO E INDIRETO

A primeira classificação leva em consideração o local de cometimento do ato, em que o *contempt* direto, ou *in the face of court*, é praticado na presença do juiz e o indireto, ou *ex facie*, é perpetrado fora do tribunal. Com isso, uma vez apresentado o conceito de *contempt* direto, obtém-se o de indireto por exclusão, já que este abarca todas as hipóteses não contempladas por aquele, possuindo, portanto, caráter residual. Eis, de forma mais aprofundada, o que se entende por *contempt* direto:

Consiste, portanto, em fazer ou deixar de fazer algo na presença do juiz ou tribunal, tendente a impedir ou interromper os seus procedimentos ou ofender a sua integridade. Só tem lugar quando os atos que o constituem são praticados na presença do juiz. É, pois, um insulto cometido ante um tribunal ou juiz que atue como tal, ou a resistência ou obstrução a legítima autoridade de um juiz ou tribunal na sua presença, ou o mau comportamento tão perto que interrompa ou cause distúrbio ao procedimento judicial.<sup>204</sup>

Para com mais acerto captar a diferenciação, nada melhor que apresentar alguns exemplos de *contempt* direto e indireto. Enquadra-se em *contempt* direto “o falso testemunho; a recusa de responder à pergunta admitida pelo juiz; o distúrbio na sala de audiências”<sup>205</sup>. De outro modo, constitui *contempt* indireto, além do descumprimento das *injunctions* ou *orders of specific performance*, “a ocultação da pessoa, com o fito de evitar citação ou intimação; subornar jurados; a recusa em indicar bens à penhora; organizar manifestações à porta do tribunal; injuriar o juiz, as partes e os servidores do tribunal”<sup>206</sup>.

A importância da diferenciação consiste no modo como a punição será aplicada, uma vez que, como o direto ocorre na frente do juiz, a sanção é sumária, imediata, inexistindo um procedimento a ser seguido. Por outro lado, no *contempt* indireto existe a observância do devido processo legal, com oportunidade de defesa e contraditório, além de outras garantias, tais como notificação, o direito de ser assistido por procurador e a existência de audiência de justificação.

O último comentário que merece destaque nessa diferenciação é a crítica que sofre a modalidade direta do *contempt of court*, uma vez que “o juiz, nessa hipótese, acumula as posições de vítima, testemunha e acusador também”<sup>207</sup>. No entanto, os ordenamentos que o utilizam justificam sua necessidade sob o fundamento da garantia do respeito da autoridade judicial e da dignidade da justiça, de modo a evitar que situações semelhantes se repitam. Não obstante o argumento de sua indispensabilidade, os juízes, em algumas decisões, como forma alternativa para que não fosse necessário aplicar as sanções previstas pelo instituto, “chegaram a recomendar que quando for possível, desde que não comprometa o curso do

204 CARVALHO, Fabiano Aita. **Multa e Prisão Civil: O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 25.

205 ASSIS, Araken de. **O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista de Processo, V. 111, 2003, p. 20.

206 Idem.

207 GUERRA, Marcelo. **Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro**. Brasília: CJF, Série Cadernos do CEJ, vol. 23, 2003, p. 315.

julgamento, nos casos de *contempt* direto por ataques pessoais ao juiz, que este solicite ser substituído por um de seus pares”<sup>208</sup>.

### 3.3.2 CONTEMPT CIVIL E PENAL

A princípio, é importante tecer algumas considerações. A primeira é que a diferenciação entre *contempt* civil e penal nada tem a ver com sua aplicabilidade no direito processual civil e penal, respectivamente. A classificação, na verdade, tem por base as características e os propósitos com que os atos de desacato são realizados. A outra observação é a de que a diferenciação não é absoluta, sendo que em alguns momentos os dois conceitos se confundem, podendo, até mesmo, uma conduta de *contempt* ser inserida ao mesmo tempo na definição civil e criminal do instituto.

Fabiano Aita define *contempt* civil como “o mau comportamento de uma das partes, que desrespeita, menospreza determinada ordem judicial, frustrando ou prejudicando o direito do outro litigante”<sup>209</sup>. Já o *contempt* criminal “consiste na ofensa à dignidade e à autoridade do tribunal ou dos seus funcionários, gerando obstáculo ou obstrução ao processo, tornando-o mais moroso”<sup>210</sup>.

A partir da leitura dos conceitos, é possível apresentar algumas diferenciações entre as duas modalidades. A primeira tange à finalidade. Enquanto no *contempt* civil busca-se o cumprimento da tutela jurisdicional, no criminal visa-se a aplicação de uma punição àquele que violou a autoridade órgão judiciário ou do juiz. Dessa diferenciação, por óbvio, decorre que o *contempt* civil atinge indiretamente a parte do processo, enquanto o penal desrespeita a própria corte.

A principal diferenciação reside, entretanto, no propósito com o qual se pune o ato, já que a sanção a ser aplicada poderá ter um caráter coercitivo ou punitivo, o que classificará o *contempt* em civil ou criminal, respectivamente. Nesse sentido:

Se o propósito é coagir, induzir a parte a cumprir uma ordem judicial, evitando, com isso, que haja dano a direito da outra parte, estaremos, seguramente, diante de um *contempt* civil. No entanto, se a intenção é meramente punir um ato de desrespeito perpetrado pela parte, impondo a autoridade do Judiciário, trata-se de *contempt* criminal.<sup>211</sup>

Outra diferenciação, ainda, é possível de ser apontada: a que se refere ao procedimento. Como o *contempt* penal frequentemente configura-se diretamente na presença do juiz ou dentro do órgão jurisdicional, essa modalidade usualmente se relaciona com a forma direta de *contempt of court*. Por conta disso, o processo para sua punição é autônomo e sumário. Já no *contempt* civil, que pode ser direto ou indireto, como o ato de desrespeito ocorre pelo descumprimento de uma decisão judicial proferida dentro de um processo em curso, o processo para a verificação de sua ocorrência será nos mesmos autos e mediante provocação do litigante prejudicado.

<sup>208</sup> BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O Contempt of Court no Direito Brasileiro e Norte-Americano**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149680.pdf>>, p.64.

<sup>209</sup> CARVALHO, Fabiano Aita. **Multa e Prisão Civil: O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 27.

<sup>210</sup> ASSIS, Araken de. **O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista de Processo, V. 111, 2003, p. 19.

<sup>211</sup> CARVALHO, Fabiano Aita. **Multa e Prisão Civil: O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 27.

Por fim, ficam aqui as mesmas críticas que foram feitas ao *contempt* direto, adequando-as para quando se estiver diante de um *contempt* civil ou criminal na modalidade direta. Todavia, poucos são os entendimentos contrários à aplicação do *contempt* civil indireto, que, aliás, é a modalidade mais bem aceita e aplicada do instituto. Por conta disso, é de grande valia demonstrar como é o procedimento do *contempt* civil indireto na *common law*, a ser analisado no próximo tópico.

### 3.4 REQUISITOS DE APLICAÇÃO E SANÇÕES PREVISTAS

Nesta parte da pesquisa serão abordados apenas os requisitos e o procedimento do *contempt* indireto, principalmente na modalidade civil, pois é a hipótese mais utilizada de *contempt of court*. Não se é possível aprofundar na análise do *contempt* direto, pois, como visto, segue um procedimento sumário cuja penalidade possui aplicabilidade imediata.

Primeiramente, em relação aos requisitos, é necessário que “a) tenha a parte pleno conhecimento da ordem que lhe foi direcionada; b) seja a determinação judicial materialmente exequível”<sup>212</sup>. Isso porque para que aja o ato de desacato, tem que haver a vontade do agente de praticá-lo, não podendo ser sancionado caso não tivesse pleno conhecimento do que lhe era esperado cumprir. De outro modo, a obrigação deve ser possível de ser adimplida, pois senão se desvirtuaria o instituto, que passaria a ser utilizado com requintes de injustiça.

Passa-se agora à observância do procedimento do *contempt* indireto, tanto civil quanto penal, nas palavras de Fabiano Aita Carvalho:

No que diz respeito ao *contempt* civil indireto, vários são os requisitos e procedimentos necessários para sua aplicação. O procedimento tem início, normalmente, com a apresentação de petição pela parte prejudicada, requerendo que seja emanada ordem de cumprimento de determinada obrigação, sob pena de ser considerada a parte contrária em *contempt*. O obrigado deve, necessariamente, ser citado, constando, da citação, a obrigação a ser cumprida, qual ação ou omissão lhe está sendo imposta. Ainda, há que lhe ser garantido o direito de ser ouvido. Normalmente, há intimação para que compareça a uma “audiência de justificação” ou para que apresente defesa, momento em que poderá fazer prova de que cumpriu a obrigação, ou de que esta é materialmente impossível. Em seguida, o juiz, apreciando as provas, decide se a parte está ou não em *contempt*. Caso seja considerado em *contempt*, é-lhe imposta uma sanção condicionada, que deverá incidir caso a parte resista em não cumprir a ordem judicial desatendida. Finalmente, aplica-se a penalidade prevista caso o *contemnor* persista na recalcitrância em cumprir a determinação do juiz.

Ainda digno de destaque que, nos casos de *contempt* criminal, a parte goza das mesmas prerrogativas que o acusado em ação criminal, bem dizer, presume-se inocente até que se prove em contrário. Portanto, só haverá reconhecimento de *contempt* criminal indireto se respeitado

---

212 *Ibidem*, p. 29.



o devido processo legal e existente prova robusta da ofensa, desacato perpetrado pela parte.<sup>213</sup>

Noutra toada, agora serão analisadas as sanções previstas pelo *contempt of court* na *common law*, que são em quatro: prisão, multa, perda dos direitos processuais e sequestro. No entanto, este não é um rol *numerus clausus*, até mesmo porque este sistema jurídico confere maior flexibilidade ao poder de decisão do magistrado, que tem a liberdade de aplicar uma penalidade diversa diante do caso concreto.

Antes de adentrar em cada sanção em si, é importante ressaltar que, como visto na diferenciação entre *contempt* civil e penal, a penalidade pode ser de ordem coercitiva ou punitiva, respectivamente. Esta possui por finalidade reivindicar a autoridade do órgão jurisdicional, enquanto aquela é aplicada para forçar o cumprimento da tutela conferida a uma das partes. Importante é a lição de Osmar Vieira da Silva acerca do fundamento da aplicação das sanções coercitivas:

As sanções aplicáveis aos *contempt of court* por descumprimento, como meio executivo impróprio, de modo geral apresentam um espírito orientador e disciplinador, conexo à ideia do pleno respeito às atividades de administração da justiça. Objetivam, assim, induzir ou compelir o *contemnor* a um determinado comportamento perante a Corte, ativo ou passivo, a fim de que a pretensão à adequada prestação jurisdicional seja, afinal, satisfeita.<sup>214</sup>

A mais gravosa, mas também mais efetiva das sanções, a prisão pode ser utilizada de forma coercitiva (diante de um ato de *contempt* civil) ou punitiva (quando verificados atos de *contempt* criminal). Na primeira hipótese, será aplicada quando o ato atentatório visar o descumprimento de uma ordem judicial. Sendo assim, terá prazo indeterminado, bastando o cumprimento da determinação judicial para que a punição acabe. Entretanto, é importante considerar que, por mais que o tempo seja indeterminado, não se mostra justo um encarceramento muito longo, sob pena de desvirtuar o caráter coercitivo da sanção. Ainda, não poderá tal penalidade ser aplicada quando se tratar de prisão por dívidas ou quando a decisão já não mais for exequível, já que seria impossível seu cumprimento.

Por sua vez, a prisão terá caráter punitivo quando o ato atentatório visar a própria imagem do tribunal ou a figura do juiz, tendo a única função de punir, e não de fazer com que o *contemnor* cumpra alguma decisão. Por conta disso, deverá ter limite máximo de duração.

Marcelo Guerra faz uma comparação bastante curiosa sobre as duas formas de prisão, a qual merece ser destacada:

[...] daí se dizer, por exemplo, quando a sanção utilizada seja a prisão civil ou a prisão, no caso de *contempt* civil, que se conhece a fórmula: o ofensor vai à cadeia com a chave no bolso, sai na hora que quer, basta apenas cumpri-la; ao passo que, se o propósito da reação for o

---

213 CARVALHO, Fabiano Aita. **Multa e Prisão Civil: O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 29.

214 SILVA, Osmar Vieira da. **O CONTEMPT OF COURT (desacato à ordem judicial) NO BRASIL**. Londrina: Revista Jurídica da UniFil, Ano IV, nº 4, 2007, p. 95.

de punir, a prisão é estipulada com o prazo certo, e ele continuará preso enquanto não esgotado o prazo.<sup>215</sup>

A multa, da mesma forma que a prisão, dependendo de qual modalidade de *contempt* estiver a sua frente, poderá assumir função coercitiva ou punitiva. Esta a ser aplicada de uma só vez, enquanto aquela, previamente fixada, a incidir toda a vez que o litigante violar a determinação judicial, a fim de que seja compelido a cumpri-la. Contudo, ainda é admitida uma multa de caráter compensatório, destinada à parte que efetivamente comprovar nos autos que sofreu dano com o ato de *contempt* praticado pelo ofensor.

A perda dos direitos processuais assemelha-se à possibilidade de não falar nos autos prevista pelo ordenamento pátrio, uma vez que o *contemnor*, no processo em que cometeu o ato atentatório, perde as garantias processuais e tem limitada sua atuação. No entanto, tal medida é extremamente criticada, tanto que pouco aplicada, uma vez que pode violar vários princípios processuais, a exemplo da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Com isso, chegou-se à conclusão de que, se aplicada, esta penalidade terá que ser “limitada aos requerimentos da parte, vistos como privilégio dentro do processo, não podendo, em hipótese alguma, alcançar o seu direito de defesa”<sup>216</sup>.

Por fim, o sequestro “é uma medida coercitiva extrema, que atinge todos os bens do devedor, mantendo-os em poder de depositários até que a ordem seja cumprida”<sup>217</sup>. Como se observa, constitui medida de maior eficácia quando o ofensor é uma pessoa jurídica.

### 3.5 SEMELHANÇAS COM OUTROS INSTITUTOS

O referente tópico tem a função de apontar as semelhanças, mas também diferenciar alguns institutos que guardam relação com o *contempt of court*, pois podem causar certa confusão no momento de se verificar qual deve ser aplicado no caso concreto. A diferenciação é importante, ainda, porque dependendo da situação, os institutos podem ter suas sanções aplicadas cumulativamente, sendo certo que, como se verá no capítulo mais adiante, pela prática de um só ato, o ofensor pode ser compelido a pagar multas por *contempt of court* e litigância de má-fé, além de sobre ele poder recair multa cominatória (*astreintes*).

#### 3.5.1 CONTEMPT E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

A litigância de má-fé está expressa nos artigos 16 a 18 do CPC/73 e 79 a 81 do CPC/15. Para se analisar o instituto, portanto, necessária se faz a transcrição das principais normas que o regulam, sendo que, como há pouca diferença na previsão entre os dois códigos e por não ser a litigância de má-fé o principal objeto de estudo desta monografia, colaciona-se apenas os artigos pertinentes contidos no novo Código de Processo Civil:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

---

215 GUERRA, Marcelo. *Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro*. Brasília: CJF, Série Cadernos do CEJ, vol. 23, 2003, p. 316-317.

216 CARVALHO, Fabiano Aita. *Multa e Prisão Civil: O Contempt of Court no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 32.

217 BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. *O Contempt of Court no Direito Brasileiro e Norte-Americano*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149680.pdf>>, p. 77.

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.<sup>218</sup>

De início, destaca-se a semelhança que referido instituto possui com o *contempt of court*, pois, a partir da leitura das hipóteses que ensejam a configuração do dano processual, percebe-se que, de certo modo, também podem ser entendidas como atos atentatórios à dignidade da justiça. No entanto, a diferença entre os dois institutos cinge-se à finalidade da multa dos institutos.

Isso porque o artigo 81 revela o caráter punitivo da multa e sua finalidade em proteger a parte que sofreu prejuízos, resguardando-lhe dos danos que vier a sofrer, enquanto no *contempt of court*, principalmente se observado da forma como está previsto pelo ordenamento jurídico pátrio, a multa é convertida em favor do próprio Estado, como forma de garantir a autoridade e legitimidade do Poder Judiciário, como será melhor visto no próximo capítulo.

Daí se falar na possibilidade de aplicação simultânea das duas multas, o que não configura *bis in idem*, pois cada uma possui uma finalidade determinada e um alvo próprio a ser protegido.

### 3.5.2 CONTEMPT E ASTREINTES

Este outro instituto é originário do Direito Francês e, diferentemente da litigância de má-fé, que se assemelha ao aspecto punitivo do *contempt of court*, a multa cominatória tem função meramente coercitiva, com o objetivo de agir no âmbito psicológico do obrigado para que este faça ou se abstenha de fazer algo, ou, ainda, que seja compelido a entregar coisa diversa de dinheiro.

---

218 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 17.3.2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 20 de outubro de 2015 às 17:22 horas

Nesse passo, a multa denominada de *astreintes* “é uma maneira de coerção ou constrangimento que visa obrigar o devedor recalcitrante a prestar determinada obrigação, ou seja, obriga ao cumprimento de uma norma.”<sup>219</sup>

Pelo que se percebe, portanto, as *astreintes*, por mais que tenham origem diversa, são aplicadas com a mesma função que o *contempt* civil indireto. A diferença, consiste, da mesma forma que no sub-tópico acima, quanto ao destinatário da multa, já que no *contempt* ela se converte ao Estado e a multa cominatória é destinada à parte contrária.

A diferença entre os institutos é ainda de maior relevância para o direito brasileiro, pois, como será visto adiante, foi adotado pelo ordenamento pátrio o *contempt* criminal, o que justificaria, portanto, a possibilidade de cumulação entre as duas multas.

A partir disso, considere a hipótese em que foi deferida uma antecipação de tutela determinando que uma das partes cumpra uma obrigação de fazer, mas esta se recusa a cumprir a decisão jurisdicional, sob o fundamento de um fato que sabe ser inverídico. Três multas então são cabíveis. As *astreintes* para coagir a parte a cumprir a medida. A de *contempt of court* como forma de punir o ofensor que praticou ato atentatório à dignidade da justiça ao criar embaraços à efetivação da tutela jurisdicional. Por fim, a por litigância de má-fé, tendo em vista que a parte tentou alterar a realidade dos fatos, bem como retardou o andamento processual de forma injustificada.

## 4 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E INCORPORAÇÃO DO *CONTEMPT OF COURT* PELO DIREITO PROCESSUAL CIVIL PÁTRIO

### 4.1 ARTIGOS 600 E 601 DO CPC DE 1973

Para a doutrina majoritária, por mais que existam outros artigos que possam conter alguma semelhança com o *contempt of court*, a introdução do instituto ao direito processual civil brasileiro somente ocorreu através da Lei 10.358, de 27 de dezembro de 2001, ao modificar o artigo 14 do CPC/73 e nele acrescentar o inciso V, juntamente com o parágrafo único.

Entretanto, é preciso primeiro conhecer os artigos 600, 601, 879, 880 e 881 do CPC, pelas razões a seguir expostas.

Os artigos 600 e 601 merecem ser analisados tendo em vista que tratam das hipóteses de ato atentatório à dignidade da Justiça dentro da execução, o que leva ao seguinte embate: seria essa a primeira manifestação do *contempt of court* no ordenamento jurídico pátrio? Para achar a resposta é preciso, de antemão, conhecer os artigos:

Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que:

I - frauda a execução;

---

219 PEREIRA, Carla Maria de Souza. ***Astreintes: Importância da Limitação do Valor Quando da sua Fixação Evitando-se a Posterior Redução Diante do Descumprimento da Ordem Judicial.*** São Paulo: Revista de Processo da Academia Brasileira de Direito Processual Civil, p. 04. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/CARLA%20MARIA%20DE%20SOUZA%20PEREIRA%20-vers%C3%A3o%20final.pdf>>. Acesso em: 20 de outubro de 2015 às 18:30.

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

Art. 601. Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução.<sup>220</sup>

Por mais que possa levar a uma confusão inicial, dois são os pontos que não permitem que referidos artigos se encaixem dentro do conceito de *contempt of court*. O primeiro é o mesmo relacionado às diferenciações feitas com a litigância de má-fé e as *astreintes*: aqui, a multa não é aplicada em favor do Estado, mas em favor do credor, o que implica dizer que não visa a preservar a autoridade do juiz ou do tribunal, mas sim combater qualquer ato que possa ser prejudicial à parte adversária, que quer ver atendida a pretensão que lhe foi conferida pela autoridade competente.

O segundo ponto diz respeito às hipóteses típicas descritas em *numerus clausus* pelo artigo 600, tendo em vista que, nas palavras de Fabiano Aita,

[...] o *contempt of court*, nos países de sistema jurídico da *common law*, não prevê especificamente que tipo de atitudes são consideradas desacato à autoridade da corte. Em verdade, não limita as situações que podem assim ser consideradas, inexistindo rol taxativo. Toda e qualquer conduta desonrosa à corte poderá ser considerada *contempt of court*. Seu espectro de aplicação é, pois, ilimitado.<sup>221</sup>

#### 4.2 ATENTADO

Este instituto, regulado pelos artigos 879 a 881 do CPC/73, *primo ictu oculi*, não se assemelha ao *contempt of court*, mas a importância de seu estudo se deve a uma das sanções aplicadas por quem comete atentado e, principalmente, pelo fato de que, sob a égide do novo Código de Processo Civil, este instituto deixou de ser uma ação cautelar e foi realocado dentro do artigo 77, dispositivo normativo que passará a regular o instituto alienígena, como será visto adiante.

Art. 879. Comete atentado a parte que no curso do processo:

I - viola penhora, arresto, sequestro ou imissão na posse;

---

220 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 17.1.1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>.

221 CARVALHO, Fabiano Aita. **Multa e Prisão Civil: O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 36-37.

II - prossegue em obra embargada;

III - pratica outra qualquer inovação ilegal no estado de fato.

Art. 880. A petição inicial será autuada em separado, observando-se, quanto ao procedimento, o disposto nos arts. 802 e 803.

Parágrafo único. A ação de atentado será processada e julgada pelo juiz que conheceu originariamente da causa principal, ainda que esta se encontre no tribunal.

Art. 881. A sentença, que julgar procedente a ação, ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão da causa principal e a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado.

Parágrafo único. A sentença poderá condenar o réu a ressarcir à parte lesada as perdas e danos que sofreu em consequência do atentado.<sup>222</sup>

Humberto Theodoro Júnior define atentado como “a criação de situação nova ou mudança de *status quo*, pendente a lide, lesiva à parte e sem razão de direito”<sup>223</sup>. Percebe-se que referida conduta pode, sim, ser configurada como um ato de *contempt*, pois visa dar ineficácia à tutela jurisdicional, razão pela qual foi incorporada pelo CPC/15 como um ato atentatório à dignidade da Justiça. Mas o que interessa aqui agora é uma das penalidades impostas ao ofensor: a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado.

Quanto a isso, Humberto Theodoro explica que:

A proibição de falar refere-se ao processo principal e não impede que o vencido recorra da sentença cautelar que acolheu a ação de atentado. Com relação àquela causa, a interdição perdurará enquanto não se der a purgação, privando o réu inclusive do direito de interpor recursos.<sup>224</sup>

Nota-se que é sanção que guarda extrema semelhança com a de perda dos direitos processuais aplicadas na *common law* no âmbito do *contempt of court*. Certo é que a parte fica proibida de se manifestar no processo até que expurgue o dano causado, prefigurando-se, portanto, como uma medida coercitiva.

Todavia, nenhum desses artigos supramencionados culminou na adoção do *contempt of court* pelo direito brasileiro. Sua incorporação só foi realmente concretizada através da Lei 10.358/01, que passará a ser o objeto de estudo neste momento.

#### 4.3 O ARTIGO 14 DO CPC DE 1973 NA REDAÇÃO DA LEI 10.358/01

---

222 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 17.1.1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>.

223 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença; Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. 44. ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 634.

224 *Ibidem*, p. 639.

Os grandes elogios à incorporação do instituto pelo direito brasileiro são no sentido de que, pela primeira vez, o ordenamento jurídico passou a não se preocupar tão somente com os atos praticados pela parte que de alguma forma causasse prejuízos à outra, mas também com as condutas praticadas no âmbito processual que ferem à própria imagem do Estado-juiz e de sua autoridade, reputação e prestígio.

Em conformidade a isto se encontra à crítica feita por Ada Pellegrini a um ordenamento que se contenta em punir apenas os atos de litigância de má-fé ou que protege apenas as partes do processo:

No entanto, pelo menos no Brasil, raríssimas são as aplicações de sanções ao litigante de má-fé, talvez porque a multa reverte em favor da parte prejudicada, caracterizando assim medida compensatória, na qual a dignidade da justiça não fica restabelecida.<sup>225</sup>

Como forma de mudar essa realidade, o *contempt of court* foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio através da Lei 10.358/01, que alterou o artigo 14 do Código de Processo Civil de 1973. Além de se basear nos princípios inicialmente analisados e ser mecanismo de proteção ao *due process of law*, a adoção do instituto jurídico pelo direito brasileiro ainda pode se fundamentar em duas previsões constitucionais, contidas no artigo 5º, XXXV e §1º da Constituição da República.

Com a vedação da autotutela, o Estado trouxe para si a incumbência de averiguar e julgar as demandas apresentadas pelos particulares. Com isso, o artigo 5º, XXXV tutela o princípio da inafastabilidade de jurisdição, determinando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>226</sup>. Sobre este direito fundamental, discorre Alexandre de Moraes que:

[...] o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é um princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.<sup>227</sup>

Desse princípio, conforme Adriana Villa-Forte, é possível extrair dois fundamentos da aplicação do *contempt of court* no direito brasileiro, pois, além de garantir o acesso à justiça, impede a indisponibilidade da jurisdição, o que demonstra a observância do devido processo legal e da efetividade do processo.<sup>228</sup>

E como o *contempt of court* visa dar maior efetividade à tutela jurisdicional, nesse ponto entra em cena o §1º do artigo 5º da Carta Magna, que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>229</sup>. Dessa forma, dando

225 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência a ordens judiciárias: o *contempt of court***. Revista de Processo, v. 102, 2001, p. 221.

226 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>.

227 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 89.

228 BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O *Contempt of Court* no Direito Brasileiro e Norte-Americano**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149680.pdf>>, p. 86.

229 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>.

aplicabilidade imediata à garantia da inafastabilidade da jurisdição, decorre a conclusão de que o processo deve ser efetivo e atender a sua função social, disponibilizando instrumentos adequados à sua concretização e garantindo o proveito-utilidade àquele que faz jus ao direito guerreado.

Quanto ao exposto é válida a transcrição da lição de Luiz Guilherme Marinoni:

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, segundo o artigo 5º, §1º da CF, tem aplicabilidade imediata e, assim, vincula imediatamente o Poder Público, isto é, o legislador – obrigando a traçar técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos – e o juiz – que tem o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Na verdade, esse direito fundamental incide de forma objetiva, ou como valor, sobre o juiz. Melhor dizendo, o juiz, diante desse direito fundamental, deve perguntar sobre as necessidades do direito material, vale dizer, sobre a tutela do direito que deve ser outorgada pelo processo, para então buscar na norma processual a técnica processual idônea à sua efetiva prestação, outorgando-lhe máxima efetividade.<sup>230</sup>

Transcendido este introito, cumpre agora destrinchar em si a parte do artigo 14 do CPC/73 que regula o *contempt of court*. A partir de sua leitura, será possível extrair algumas considerações: o tipo de *contempt* que foi adotado pelo direito processual civil brasileiro, os requisitos de sua aplicação e a sanção prevista.

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

[...]

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.<sup>231</sup>

---

230 MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p.30.

231 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 17.1.1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>.



Trazendo para este momento todas as considerações já feitas, a primeira tarefa agora é saber se o ordenamento jurídico pátrio incorporou o instituto alienígena em sua modalidade direta ou indireta e civil ou penal.

Para saber se é direto ou indireto, é preciso verificar se o ato de “desacato” ocorreu *in the face of court* ou *ex facie*. Como o inciso V aborda apenas o descumprimento das ordens judiciais e os embaraços criados à sua efetivação, percebe-se que o *contempt* é classificado, portanto, como indireto, pois são condutas que ocorrem, praticamente, longe do tribunal ou da presença do juiz.

Por outro lado, a diferenciação entre *contempt* civil e penal leva em consideração se a finalidade do ato tem natureza coercitiva ou punitiva. Pela leitura do parágrafo único observa-se que a multa aplicada não tem a função de coagir o *contemnor* a cumprir o provimento mandamental, mas tão somente de puni-lo pelo descumprimento ou por ter causado embaraços à efetividade do processo. Com isso, conclui-se, pois, que o direito processual civil brasileiro adotou o *contempt of court* apenas em suas modalidades indireta e criminal.

Mudando-se o foco, é preciso descobrir quais os requisitos devem ser preenchidos para que haja a incidência do *contempt of court*, com a correspondente punição do ofensor. Para tanto, pode-se dividir os requisitos em objetivos e subjetivos.

Nas palavras de Fabiano Aita, são requisitos objetivos:

- a) a incidência em uma das modalidades previstas no inciso V do artigo 14 do CPC; b) que o descumprimento da ordem tenha se dado por ato de vontade, ainda que desconhecido o fim pretendido pelo agente; c) que a obrigação imposta seja de possível atendimento; d) que o agente tenha pleno conhecimento da ordem e que esta emanou da autoridade competente.<sup>232</sup>

O primeiro requisito objetivo diz respeito às hipóteses trazidas pelo inciso V que podem configurar ato atentatório à dignidade da justiça: cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Provimentos mandamentais podem ser entendidos como “todos aqueles que ordenam que a parte faça ou deixe de fazer algo, sem necessidade, para sua concretização, de qualquer ato processual posterior, de cunho executivo”<sup>233</sup>.

Por seu turno, cria embaraços à efetivação de provimentos judiciais aquele que desvirtua a função social do processo e sua finalidade ao praticar atos que atentem contra a boa-fé, a lealdade, a cooperação e a razoável duração do processo. É importante destacar, ainda, que o provimento judicial pode ser conferido em qualquer fase do processo, seja de natureza antecipatória, a exemplo das tutelas de urgência, ou final, como a sentença.

O segundo requisito objetivo tem por base o elemento volitivo do agente. É necessário que ele queira descumprir uma ordem judicial ou criar embaraços à sua efetivação. No entanto, não importa saber a finalidade específica com que o ato de *contempt* foi praticado, basta que tenha sido querido, como bem assevera Rui Stoco:

Não importa o propósito que anima o agente, seja por emulação, para causar dano à parte contrária ou a qualquer das partes, para obter

---

232 CARVALHO, Fabiano Aita. **Multa e Prisão Civil: O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 42.  
233 *Ibidem*, p. 44.

vantagem ilícita ou qualquer outra motivação. O fim colimado é irrelevante.<sup>234</sup>

O terceiro requisito diz respeito à exequibilidade do provimento, pois, por óbvio, ninguém pode ser compelido a fazer ou deixar de fazer algo impossível ou ilícito. Por último, é necessário que o mandamento tenha sido proferido pelo juiz ou órgão jurisdicional e que a parte tenha plena ciência dessa ordem e de que esta foi a ela direcionada.

No que tange ao requisito subjetivo, impende analisar quais são os sujeitos que podem praticar e ser penalizados pelo *contempt of court*. É clara a redação do *caput* do artigo 14, que dispõe que não praticar atos de *contempt* constitui dever das partes e de todos aqueles que de alguma forma interfiram no processo. Sendo assim, os ofensores podem ser o autor, o réu, litisconsortes, terceiros intervenientes, peritos, representantes das partes (preposto, curador, tutor, síndico etc.), serventuários da justiça (escrivão, oficial de justiça etc.) e até mesmo o juiz. Quanto a este último, é interessante verificar o seguinte exemplo:

[...] peculiar exemplo seria a aplicação ou reconhecimento do *contempt* aos magistrados. Obviamente, não o próprio juiz da causa em relação à decisão por ele mesmo emanada, mas sim a, por hipótese, juiz de outra comarca que deixa de cumprir ou dificulta o cumprimento de carta de ordem ou precatória, advindo, da sua conduta, “o esvaziamento do resultado concreto do provimento judicial”.<sup>235</sup>

Entretanto, o parágrafo único contém uma exceção à regra geral de que todos podem sofrer a punição de multa: os advogados, por já sofrerem sanções administrativas contidas em seu Estatuto, foram excluídos do rol de pessoas capazes de serem sancionadas civilmente por *contempt of court*. Por óbvio, referido privilégio é amplamente refutado pela doutrina, sofrendo fortes críticas tal previsão contida no parágrafo único. É ler:

Assim se liquidou, com outra penada, toda a doutrina e a prática dos Tribunais anglo-saxões em torno do *contempt of court*, cuja longa experiência havia evidenciado que entre os maiores responsáveis pela criação de embaraços à efetivação dos provimentos judiciais se inscrevem os advogados. É só uma mal entendida proteção corporativa pode levar a querer proteger os maus advogados, que resistem injustificadamente às ordens judiciárias. Sem contar com o fato de que as sanções disciplinares previstas nos estatutos da Ordem têm finalidades profundamente diversas das do *contempt of court*, que objetiva resguardar a autoridade das decisões judiciárias e garantir a efetividade do processo.<sup>236</sup>

Por último, cabe analisar agora a multa prevista no parágrafo único do artigo 14 do CPC/73. Primeiramente, como já visto acima, ela não se aplica aos advogados. De outro lado,

---

234 STOCO, Rui. **Abuso de Direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 115.

235 WAMBIER, Luís Rodrigues apud CARVALHO, Fabiano Aita. **Multa e Prisão Civil: O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 43.

236 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Paixão e Morte do Contempt of Court**. In: O Processo – Estudo e Pareceres. São Paulo: Perfil, 2005, p. 166.

deve-se atentar a expressão “sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis”. Sendo assim, além da multa por *contempt*, pode recair sobre o ofensor a multa cominatória e a por litigância de má-fé, além de responder ação penal pelo crime de desobediência.

Ainda, a multa deve ser fixada em razão da gravidade da conduta, desde que não ultrapasse o patamar máximo de 20% sobre o valor da causa. Nesse ponto residem críticas, pelo fato de o legislador ter atrelado o montante da indenização ao valor da causa. “Assim o fazendo, acabou por alijar a sanção dos casos em que a causa possui valor baixo ou daquelas em que é inestimável. Melhor seria se tivesse deixado a fixação do valor ao arbítrio do juiz.”<sup>237</sup>

O último e mais importante ponto que merece destaque quanto à multa prevista é o fato de ser revertida para o Estado, e não em favor do outro litigante que por ventura vier a sofrer prejuízos com o ato atentatório à dignidade da justiça. Nesse sentido, caso não haja o adimplemento da sanção, esta será inscrita como dívida ativa, podendo, assim, ser executada. A qual ente federativo reverterá a multa dependerá de frente a qual tribunal ou juiz foi praticado o ato de *contempt*.

Em que pese a incorporação do instituto da common law pelo direito processual civil brasileiro, existe uma crítica ferrenha quanto a não incorporação em sua totalidade. Isso porque a única sanção passível de ser aplicada é a da multa punitiva, não existindo qualquer meio coercitivo, à exceção das *astreintes*. Nesse sentido, a multa, “quando posta frente a agente desprovido de patrimônio, de pouco ou nada serve, vez que ainda que aplicada, não gerará qualquer pressão psicológica por óbvios motivos”<sup>238</sup>.

Muitos defendem, assim, a adoção da prisão civil como medida coercitiva. Todavia, diante da densidade e da relevante importância do tema, será ele abordado em tópico apartado. Antes, porém, é de grande valia conhecer como será regulado o *contempt of court* sob a égide do novo Código de Processo Civil.

#### 4.4 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO CPC DE 2015

O novo Código de Processo Civil, além de inovar quanto a maior importância dada à constitucionalização do processo e à força e valoração dos princípios<sup>239</sup>, trouxe algumas, embora poucas, diferenças na regulamentação do *contempt of court*. Este tópico tem por fito uma breve comparação entre os artigos 14 do CPC/73 e o 77 do CPC/15 de modo a demonstrar o que se manteve e as inovações que foram trazidas. Para tanto, necessária a transcrição do artigo 77, *in verbis*:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

[...]

237 CARVALHO, Fabiano Aita. **Multa e Prisão Civil: O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 48.

238 CARVALHO, Fabiano Aita. **Multa e Prisão Civil: O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 48.

239 DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivim, 2015, p. 46-48.

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

[...]

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

§ 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º.

§ 8º O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar.<sup>240</sup>

---

240 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 17.3.2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>.

A partir da leitura do artigo, é possível verificar que o *contempt of court* continuou sendo adotado em sua modalidade indireta e criminal, não havendo qualquer previsão quanto a um meio coercitivo de sanção. Os requisitos subjetivos também se mantiveram intactos, prevendo que as partes e todos aqueles que de alguma forma interfiram na relação processual podem ser enquadrados no conceito de *contemnitor*, mas exclui dos advogados, infelizmente, a incidência da multa pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça. Ficam aqui as mesmas críticas formuladas no tópico anterior.

No que se refere à penalidade, a multa continua a poder incidir sem prejuízo das demais sanções puníveis, a ser destinada à Fazenda Pública, fixada segundo a gravidade da conduta, mas levando em conta o teto de 20% sobre o valor da causa.

No tocante às novidades, a primeira reside no acréscimo de uma nova hipótese capaz de configurar ato de *contempt*: a inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. Com isso, o atentado, instituto anteriormente previsto como uma ação cautelar, passou a ser entendido como uma conduta contrária ao dever processual das partes. Houve, assim, uma simplificação da punição do atentado. Agora, ao invés de ter que uma ação, a punição passa a ocorrer de forma incidental nos autos. Além da multa por *contempt of court*, o ofensor ficará impedido de se manifestar nos autos até a purgação do atentado, conforme já demonstrado no tópico que abordou referido instituto.

Outra inovação se refere ao dever de advertência que passa a ter o magistrado, consubstanciado no §1º. Antes de punir, ele deve informar às partes que suas condutas poderão ser consideradas como atos atentatórios à dignidade da justiça se não cumprirem com exatidão as decisões proferidas, causarem embaraços à efetividade dos provimentos judiciais ou trouxerem inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. Este dever está intimamente relacionado ao princípio da cooperação, na parte em que é corolário do princípio do contraditório, pois tem a finalidade de se evitarem surpresas na hora dos pronunciamentos judiciais.

O §4º frisa o entendimento de que a multa por *contempt of court* pode ser cumulada com outras penalidades, mas deu ênfase às medidas que podem ser tomadas pelo magistrado quando a parte que saiu derrotada não efetuar, tempestivamente e de forma voluntária, o pagamento da condenação por quantia certa ou já fixada em liquidação (artigo 523, §1º); ou para conferir efetividade ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer que tenha tido sua exigibilidade reconhecida no cumprimento de sentença (artigo 536, §1º).

Já o §5º atendeu às críticas que foram feitas ao fato de a fixação da multa estar vinculada ao valor da causa e previu novo parâmetro para a sua estipulação quando o valor da causa for de monta insignificante.

Ao final, o §8º retirou do representante da parte eventual penalidade pelo descumprimento de provimento mandamental ao estabelecer que não pode ser compelido a cumprir decisão no lugar do representado, evidenciando o caráter pessoal da punição.

## 5 (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DE PRISÃO CIVIL COMO MEIO COERCITIVO DE CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Ada Pellegrini Grinover, em um artigo que escreveu para a Revista de Processo tratando do *contempt of court*, apresentou uma sugestão de incorporação do *contempt* civil indireto ao sistema jurídico da *civil law*, ante as injustificadas resistências ao cumprimento das decisões judiciais, de modo a se implantar a prisão civil e a multa cominatória como medidas coercitivas à efetivação da tutela jurisdicional, disciplinando o procedimento a ser seguido para sua aplicação.<sup>241</sup>

A adoção da prisão civil tem por fundamento o caráter meramente punitivo das multas, que não visam ao cumprimento dos provimentos mandamentais, ou, ainda quando nelas exista força coercitiva, no caso das *astreintes*, não possuem eficácia contra os desprovidos financeiramente ou que de alguma forma simulem a situação de seu patrimônio.

Nessa linha encontra-se o entendimento de Marcelo Guerra:

Dizer “desculpe-me, credor, seu direito é reconhecido pelo ordenamento, mas, infelizmente não posso satisfazê-lo por não haver meio previsto para isso, ou o meio previsto não se aplica a seu caso, está vedado” é utilizar um paradigma que deve ser considerado ultrapassado, pois é permitir a denegação de tutela jurisdicional efetiva, portanto, violar o direito fundamental à tutela efetiva.<sup>242</sup>

Do mesmo modo, existem críticas àqueles que defendem que, no caso de descumprimento de ordem judicial, o crime de desobediência já seria medida hábil a punir o ofensor. Primeiramente porque possui caráter punitivo, com o objetivo único de defender um bem jurídico específico, não se importando se haverá ou não posterior cumprimento da tutela jurisdicional. De outro modo, por ser um crime de menor potencial ofensivo, em que basta que o autor do fato, no momento de assinar o Termo Circunstanciado de Ocorrência, preste compromisso de comparecer à audiência no Juizado Especial Criminal para que se veja livre da imposição da prisão. A lei 9.099/95, ainda, tem por finalidade a adoção de medidas substitutivas à pena privativa de liberdade.

Araken de Assis ainda complementa ao afirmar que: esta não seria uma medida passível de ser aplicada pelo juiz cível; que o *contempt* pode-se configurar através de diversos atos atentatórios à dignidade da jurisdição, sendo certo que a tipologia penal não admite extensões ou analogias; e que o funcionário público somente se enquadrará no tipo da desobediência caso a ordem desrespeitada não seja atinente às suas funções. Assim, um prefeito que se recuse a fornecer medicamento a um paciente em estado grave de saúde não poderia incorrer nas penas do artigo 330 do Código Penal, por ser um agente político.<sup>243</sup>

---

241 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência a ordens judiciárias: o *contempt of court***. Revista de Processo, v. 102, 2001, p. 222.

242 GUERRA, Marcelo. ***Contempt of court*: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro**. Brasília: CJF, Série Cadernos do CEJ, vol. 23, 2003, p. 327.

243 ASSIS, Araken de. **O *Contempt of Court* no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista de Processo, V. 111, 2003, p. 32-33.

Em sentido contrário, estão aqueles que defendem a não adoção da prisão civil pelo ordenamento jurídico pátrio. Um dos fundamentos é a influência sofrida pelo liberalismo, nas palavras de Adriana Villa-Forte:

A resistência à adoção de medidas coercitivas mais severas deve-se ao fato do Brasil, bem como os demais países de *civil law*, terem sofrido grande influência do liberalismo em sua estruturação processual, remontando aos fundamentos ideológicos deste, o dogma da incoercibilidade da vontade humana, repudiando-se a possibilidade de influenciar a vontade do demandado por intermédio de meios coercitivos.<sup>244</sup>

Há quem a refute, também, por considerar ser verdadeira afronta aos princípios da liberdade e dignidade da pessoa humana:

Inegável que a ideia de encarceramento de alguém, por motivos não criminais (e, às vezes, até mesmo na esfera penal), tem potencial força ofensiva à própria dignidade da pessoa enquanto ser humano. A degradação do sistema prisional, a humilhação do cárcere, as condições sub-humanas de vida do detento, entre outras, leva, para consideração da constitucionalidade da prisão civil ou não, a análise detida da própria dignidade da pessoa humana e da possibilidade de até mesmo esta ser mitigada em caso de colisão com algum direito fundamental.<sup>245</sup>

Vistos os argumentos favoráveis e contrários à utilização, pelo direito processual civil brasileiro, da prisão civil como meio executivo indireto, antes de se adentrar na análise de sua viabilidade, é preciso analisar sua constitucionalidade, uma vez que tanto o Pacto de São José da Costa Rica como a Constituição da República e a Súmula Vinculante n° 25 são uníssonos em vedar a prisão civil por dívidas e do depositário infiel, à exceção do devedor de alimentos.

Quanto a isto, dispõe Kazuo Watanabe:

É chegada a hora de se interpretar adequadamente o mencionado dispositivo constitucional, que não proíbe, de forma alguma, a imposição da prisão civil por ato de desprezo à dignidade da justiça ou atos que embaracem o regular exercício da jurisdição, uma das funções basilares do Estado Democrático de Direito.<sup>246</sup>

A prisão civil por dívida foi abolida do nosso ordenamento porque tínhamos um conflito de interesses entre o patrimônio e a liberdade e, com a repersonalização do direito civil, em que o foco passa a ser o indivíduo e não mais o indivíduo com patrimônio, o que acontece é

---

244 BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O Contempt of Court no Direito Brasileiro e Norte-Americano**. Disponível em: <<http://www.dominionpublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149680.pdf>>, p. 94-95.

245 CARVALHO, Fabiano Aita. **Multa e Prisão Civil: O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 86.

246 WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 778.

que não se pode usar direitos personalíssimos, a exemplo da liberdade, como um meio de coagi-lo ao cumprimento de uma obrigação patrimonial, uma vez que o interesse liberdade é preponderante.

No entanto, a modalidade de prisão civil que foi vedada refere-se tão somente à prisão por dívidas, relacionada à obrigação de pagar, de entrega de dinheiro, não alcançando a prisão civil que tenha por escopo conferir efetividade aos provimentos judiciais. Nesse sentido encontra-se a lição de Marcelo Guerra:

O que aconteceu com a abolição da prisão civil, no século passado, foi em relação à prisão civil por dívida, *strictu sensu*, como forma de coagir alguém a pagar uma determinada quantia. Pode-se dizer que o que foi banido pelas diversas legislações mundiais e pelas nossas repetidas constituições foi o uso da prisão civil como forma de tutelar o patrimônio.<sup>247</sup>

Sendo assim, como ocorre na aplicação do *contempt of court* na *common law*, o que é defendido não é a prisão por dívida ou de natureza criminal, mas uma com finalidade coativa de modo a garantir a efetiva prestação jurisdicional, conferindo efetividade aos provimentos mandamentais.

Analisada, portanto, a constitucionalidade da prisão civil proposta pelo instituto alienígena, é importante saber se o direito fundamental à efetividade do processo se sobrepõe às garantias da dignidade da pessoa e da liberdade. Para tanto, é preciso realizar uma ponderação de princípios, pois, pelas teorias de Dworkin e Alexy, diferentemente das regras, os princípios tem ampla gama de atuação e devem ser sopesados para que a solução adequada seja a mais justa. Marcelo Guerra traduz como é feita a colisão de princípios no seguinte trecho:

Ao contrário de um conflito de regras em que o aplicador afasta uma delas, considerando-a não aplicável ao caso ou excluindo-a do ordenamento jurídico por critérios hermenêuticos, o conflito entre princípios, direitos fundamentais, não pode ser resolvido dessa maneira, até porque ambas as normas preservam sua legitimidade, sua validade. Elas não se chocam 100%, mas, no caso concreto, ambas têm o mesmo *status*: nenhuma é superior a outra; ambas são abertas: dão lugar a um sem-número de aplicações e, nem em todas, se revelam em conflito.

É necessário, pois, um procedimento ou um conjunto de critérios que permitam, precisamente, realizar aquilo que se chama de concordância prática entre esses valores, preservando-os ao máximo possível, ainda que, em alguma medida, um deles seja topicamente

---

247 GUERRA, Marcelo. *Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro*. Brasília: CJF, Série Cadernos do CEJ, vol. 23, 2003, p. 330.



sacrificado em relação ao outro. Esses critérios correspondem ao princípio da proporcionalidade.<sup>248</sup>

Percebe-se, então, que o Estado deve sempre sopesar esses interesses, porque toda a atuação normativa do direito é regida pelo princípio da proporcionalidade. Deve-se optar pelo meio necessário, adequado e menos gravoso a direitos fundamentais. Ao reger a tutela específica, que é exatamente aquilo que a pessoa tem o direito de receber, o Estado deve tentar ao máximo se utilizar de medidas menos invasivas como a prisão civil. Entretanto, em alguns casos mais relevantes, o cumprimento do provimento jurisdicional deve sobressair à dignidade da pessoa humana e à liberdade. É quando, por exemplo, alguém foi compelido a deixar de causar danos ambientais, mas ainda assim realiza atos de desmatamento e poluição, ou quando um agente foi determinado a entregar um remédio vital para um paciente, mas recusa-se a fazê-lo. Nesse sentido é o ensinamento de Fabiano Aita:

Existem situações em que a prisão civil poderá favorecer, além do próprio direito de tutela judicial efetiva, a realização de outros direitos fundamentais, tais como a proteção ao meio ambiente, à saúde, à privacidade, à integridade física e à própria vida do “credor”. Portanto, mesmo estando certo de que o artigo 5º, LVII, da CF/88, bem como o direito à liberdade e à própria dignidade da pessoa humana representam direitos fundamentais, podem estes se oporem à realização de outros direitos fundamentais, o que, por certo trará enormes dificuldades hermenêuticas, que deverão ser solucionadas pela aplicação do princípio da proporcionalidade e interpretação tópico-sistemática [...].<sup>249</sup>

O fundamento da aplicação da prisão civil como meio coercitivo pode ser retirado do próprio Código de Processo Civil, através de seu artigo 536, §1º:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.<sup>250</sup>

---

248 GUERRA, Marcelo. *Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro*. Brasília: CJF, Série Cadernos do CEJ, vol. 23, 2003, p. 325

249 CARVALHO, Fabiano Aita. *Multa e Prisão Civil: O Contempt of Court no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 96.

250 BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 17.3.2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>.

Ocorre que quando a legislação processual estabeleceu o cumprimento de obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa diversa de dinheiro ela não estabeleceu um procedimento de execução, daí a ideia de um princípio da atipicidade dos meios executivos, ao contrário do cumprimento da obrigação de pagar quantia, em que existe um procedimento específico. Então, no tocante ao cumprimento dessas obrigações, o que se defende é que qualquer meio executivo que possibilite a tutela específica será aceito no direito, mas sempre se lembrando de considerar o princípio da proporcionalidade. Ao encontro do exposto encontra-se o entendimento de Marcelo Guerra:

Nessa perspectiva, a indeterminação ou o poder executivo geral, reconhecido no §5º do artigo 461, no âmbito das obrigações de fazer, deve ser interpretado como uma concretização parcial do direito fundamental à tutela executiva no processo de execução. Hoje, podemos dizer que o juiz pode, respeitados os limites da dignidade do devedor, impostos pela proporcionalidade, utilizar qualquer meio executivo que se lhe revele necessário e adequado para proporcionar satisfação integral de qualquer direito contra quem quer que seja: obrigação de dar coisa, de pagar quantia e, obviamente, de fazer e não-fazer. Esses meios envolvem intervenções sub-rogatórias e coercitivas.<sup>251</sup>

Então, quando se defende a prisão civil como meio coercitivo, o que não é novidade, já que é um meio adotado pela lei de alimentos, o que se está fazendo é sopesar interesses para ver se no caso a prisão é um meio necessário, útil e indispensável para que a obrigação seja cumprida. É temerário afirmar que a prisão nunca pode ser aplicada ou que cabe em todos os casos, porque isso depende de uma análise casuística de ponderação de princípios, entre a efetividade da atividade jurisdicional e da dignidade da pessoa humana e liberdade.

Todavia, como supracitado artigo deixa livre as medidas que podem ser tomadas pelo magistrado para ver cumprida a sua decisão, deve-se primeiro tentar lançar mão de outras formas alternativas à prisão, cabendo ao juiz utilizar de sua capacidade racional e criativa para que a prisão seja aplicada como *ultima ratio*. Além do mais, por ser medida extremamente gravosa, deve-se sempre oportunizar ao contemnor a oportunidade de se defender acerca do não cumprimento da medida, através de uma audiência de justificação, por exemplo, como meio de fazer valer os princípios do contraditório e da cooperação.

Por fim, é válido transcrever o ensinamento de Marcelo Guerra ao defender a possibilidade da prisão civil no ordenamento jurídico pátrio:

Defendo a prisão civil como medida coercitiva indeterminada, com base nessa interpretação constitucional, mas que não seja indiscriminadamente utilizada em todas as obrigações que não sejam as de pagar quantia e sempre quando, do cumprimento dessa

---

251 GUERRA, Marcelo. *Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro*. Brasília: CJF, Série Cadernos do CEJ, vol. 23, 2003, p. 328.

obrigação, revelar-se a preservação de outro valor que não o estritamente patrimonial.<sup>252</sup>

## 6 CONCLUSÃO

Após toda a desenvoltura da pesquisa, muitos são os desenlaces que podem ser obtidos neste momento. Como forma de sistematizar as ideias, será seguida a ordem lógica dos capítulos.

Sendo assim, de antemão, percebe-se a importância que é dirigida às normas principiológicas hodiernamente, sobretudo porque se chegou ao entendimento de que podem impor regras de conduta e servir de fundamento para as decisões judiciais e aplicação de penalidades àqueles que as desrespeitam.

Nesse passo, o processo, como meio de concretização do direito material das partes, deve ser entendido como um instrumento ético, que vise conferir a efetiva prestação jurisdicional de forma justa, demonstrando a existência de um Estado-juiz operante, determinado e eficaz, como forma de satisfazer a pacificação social.

Todavia, para se objetivar a função social do processo, é preciso que todo aquele que de alguma forma interfira na relação processual aja segundo critérios éticos e morais. Para tanto, precisam devotar-se ao dever de probidade, agindo sempre com lealdade e cooperando entre si.

Desse contexto, surge a importância do *contempt of court*, instituto nascido na common law como meio de se evitar condutas atentatórias à dignidade dos juízes e dos tribunais e refrear atos que conduzam à ineficácia da tutela jurisdicional. Isso porque aludidas ações maculam de forma aguda o devido processo legal e o dever de lealdade e cooperação entre as partes.

Não obstante a relevância do tema em destaque, poucos são os estudos e a aplicabilidade do *contempt of court* no ordenamento jurídico pátrio, o que se percebe através da insuficiência de doutrina e jurisprudência a seu respeito. Ainda é possível ir além e afirmar que o instituto foi incorporado de forma desvirtuada e insuficiente.

De forma desvirtuada, porque exclui do âmbito de punição por atos de contempt o advogado, personagem processual que, tomando a devida cautela com a generalização e excluindo da crítica aquele que exerce a profissão seguindo à risca seu Código de Ética e Disciplina, mais pratica ou aconselha seus clientes a praticarem atos que desvirtuem a função social do processo e causem embaraços à efetividade dos provimentos judiciais.

De modo insuficiente, pois foi adotada apenas uma de suas facetas, a punitiva, que tem por escopo apenas sancionar o ofensor posteriormente à sua ação ou omissão atentatória à dignidade da justiça, em nada se preocupando em fazer com que o *contemnor* cumpra aquilo que lhe foi determinado.

---

252 GUERRA, Marcelo. *Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro*. Brasília: CJF, Série Cadernos do CEJ, vol. 23, 2003, p. 331-332.

Merece congratulações a incorporação do *contempt* criminal, impondo multa àqueles que ponham em dúvida a autoridade e efetividade do Poder Judiciário. Contudo, é preciso ir além. É necessário que o órgão jurisdicional se valha de instrumentos coercitivos para que suas ordens sejam respeitadas e adimplidas. As *astreintes* já constituem um eficaz instrumento processual para este fim, só que, sozinhas, não são suficientes, principalmente se impostas àqueles desprovidos de condições financeiras ou que simulam sua hipossuficiência econômica.

Para tanto, o magistrado tem a especial tarefa de adotar medidas alternativas à aplicação de multas, como a proibição de alguém realizar determinada atividade enquanto não satisfizer a que lhe foi determinada ou se abster de alguma que prejudique terceiros, até mesmo porque possui liberdade para tanto, conferida pelo princípio da atipicidade dos meios executivos previsto no artigo 536, §1º, do CPC/15, que rege as obrigações de fazer, não fazer e dar coisa diversa de pecúnia, desde que leve em consideração a razoabilidade e a proporcionalidade.

Como *ultima ratio*, depois de já esgotadas todas as outras medidas para forçar o cumprimento do provimento mandamental ou quando o caso for urgente, desde que se esteja protegendo interesse diverso do patrimonial e superior, no caso concreto, à liberdade e à dignidade da pessoa humana, defende-se a possibilidade de o juiz valer-se da prisão civil como meio coercitivo. A exemplo de valores passíveis de atrair a incidência desta modalidade de sanção está a proteção ao meio ambiente, à saúde, à privacidade, à integridade física e à própria vida daquele que vai ser prejudicado com a ineficiência da tutela jurisdicional.

Percebe-se, portanto, que a aplicação do *contempt of court* ainda é tímida, mas é um campo de estudo que merece a atenção e os olhares de juristas e aplicadores do direito, devido à importância que tem em um momento em que a preocupação com a efetividade do processo e com o cumprimento dos mandamentos judiciais encontra-se em alta.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ASSIS, Araken de. **O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. São Paulo, Revista de Processo, V. 111, 2003.

BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O Contempt of Court no Direito Brasileiro e Norte-Americano**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149680.pdf>>.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 17.1.1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm)>.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 17.3.2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>.

CAMBI, Eduardo. **Função Social do Processo**. Tutela Jurisdicional Coletiva. Coordenadores Fred Didier Júnior e José Henrique Mouta. Salvador: Jus Podivim, 2009.

CARVALHO, Fabiano Aita. **Multa e Prisão Civil: O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 15. ed. Salvador: Jus Podivim, 2013.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivim, 2015.

DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. **Princípios do Processo Civil: Noções Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência a ordens judiciais: o contempt of court**. Revista de Processo, v. 102, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Paixão e Morte do Contempt of Court**. In: O Processo – Estudo e Pareceres. São Paulo: Perfil, 2005.

GUERRA, Marcelo. **Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro**. Brasília: CJF, Série Cadernos do CEJ, vol. 23, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Millenium, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1981.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Gabriela Pinheiro de. O Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil. In: CASTRO, João Antônio Lima (coord.). **Direito Processual**. Estudos Jurídicos Aplicados. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2010.

PEREIRA, Carla Maria de Souza. **Astreintes: Importância da Limitação do Valor Quando da sua Fixação Evitando-se a Posterior Redução Diante do Descumprimento da Ordem Judicial**. São Paulo: Revista de Processo da Academia Brasileira de Direito Processual Civil, p. 04. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/CARLA%20MARIA%20DE%20SOUZA%20PEREIRA%20-vers%C3%A3o%20final.pdf>>.

SILVA, Osmar Vieira da. **O CONTEMPT OF COURT (desacato à ordem judicial) NO BRASIL**. Londrina: Revista Jurídica da UniFil, Ano IV, n° 4, 2007.

STOCO, Rui. **Abuso de Direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença; Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. 44. ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

UNITED STATES OF AMERICA. An Act to establish the Judicial Courts of the United States. Act of 1789. First Congress, Sess. I. Ch. 20. Disponível em: <<http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage>>.

VINCENZI, Brunela Vieira de. **A Boa-Fé no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

## **EXPLANAÇÃO DA ADI 4275/DF: DIREITO AO RECONHECIMENTO DE NOME TRANSGÊNERO**

**MARIELLE LOPES AGUIAR:**  
Bacharelado em Direito pela  
Universidade de Gurupi (UNIRG).  
Gurupi/TO.

**JOSÉ ALVES MACIEL**

(orientador)<sup>253</sup>

**Resumo:** A visão que essa pesquisa vai nos transmitir e sobre a identificação de pessoas transgêneras e a conquista de terem o nome que realmente se identificam e demonstrar como é todo esse processo para alcançarem essa nova etapa e finalmente se sentirem completo, tendo assim a conquista de uma parte da nossa legislação brasileira. Tendo a abrangência de casos que englobam homens e mulheres transgêneros de idades variadas. Com abordagem precisa através da ADI 4275/DF e materiais auxiliares como casos já registrados na Defensoria Pública local, com isso teremos uma visão geral de todos os processos e barreiras encontradas por essas pessoas para assim ficamos cientes e minimizarmos pensamentos de discriminação por conta dessa opção. E além dessa conquista temos a implantação da lei de discriminação por transfobia junto com a homofobia, que por ser ações negativas e que já estar acontecendo frequentemente em relação às pessoas transgêneras que se sentiram reprimidas por muito tempo por passarem por essa situação.

**Palavras-chave:** Identificação. Transgêneros. Pessoas. Discriminação.

**Abstract:** This study aims to explain the identification of transgender people, men and women of several ages, and their achievement of having a name which they can identify as theirs. The process to reach this new phase in life and then finally the feeling of completion is a conquer in a part of the Brazilian legislation. With the precise approach through ADI N°4275/DF and auxiliary materials as the cases registered at the local Public Defender, and then a general view of all the process and barriers that are found by those people, and finally there is the awareness and minimization of discrimination thoughts due to the option. Besides that, there is the law implementation of transphobia and homophobia, which are negative and usual actions against transgender people who have felt repressed for a long time by the situation.

**Keywords:** Identification. Transgenders. People. Discrimination.

**Sumário:** Introdução. 1. Reconhecimento De Nome Transgênero. 1.2 Conceito E Classificação De Pessoas Transgênero. 1.3 Requisitos Abordados Pela Constituição Federal. 1.4 Abordagem Da Lei Em Outros Países. 2 Atuação Da Defensoria Pública. 3 Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana. 4.Criminalização Da Transfobia. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

---

253 Profº. Pós graduado em Direito Penal e Processo Penal e Professor Universitário de Direito na Universidade UnirG, Gurupi/TO.

## INTRODUÇÃO

O objetivo do tema abordado nesse trabalho é sobre a ampla discussão julgada procedente pela ADI 4275/DF, aonde foi posto em questão sobre a mudança de prenome transgênero diante dos Registros Públicos. E posto formas de mudanças havendo ou não uma operação de modificação de sexo, para que haja uma adequação na sociedade e que de fato faça valer a pena todo esse processo, pois dessa forma podemos incluir todos os gêneros.

Podemos então entender o objetivo maior da procedência da ADI, que se baseia em nos mostrar que essa mudança vai muito além de um simples papel registrado em cartório, e sim, um processo de identificação com o gênero que realmente se identifica, dando-lhe uma nova identidade. Mostrando também as barreiras enfrentadas por cada indivíduo dessa classe diante da sociedade pela luta desse Direito.

Temos com isso o exercício dos direitos humanos que regem em cima da liberdade pessoal, à honra e a dignidade da pessoa humana e de como essa ação segue ligada a um outro impacto benéfico que foi a aprovação da criminalização da homofobia e da transfobia que vem trazendo um suporte para essas pessoas e que de certa forma tenha uma segurança em relação aos preconceitos.

Com isso também vamos observar o apoio da defensoria na atuação de alguns casos que precisam de apoio e que confiam na justiça pública e assim obtiveram sucesso no processo. Observando como é a aceitação da sociedade em si e da própria pessoa que se identifica com essa identidade transgênera.

E notável que na sociedade se tem um certo impacto sobre essa ação que é promovida mediante esse assunto, pois essa nova realidade em que vivemos de fato sempre existiu só faltava a compreensão e aceitação da população demonstrando assim as suas maneiras de lidar com o novo, combatendo e excluindo essa versão distorcida que temos sobre o entendimento do assunto.

### 1. RECONHECIMENTO DE NOME TRANSGÊNERO

Há 16 anos, no dia 29 de Janeiro de 2004 teve a criação do Dia Nacional da Visibilidade de Transexuais e Travestis, que reuniu 27 pessoas trans no Congresso Nacional em Brasília, com um único intuito de batalhar por seus direitos assim como qualquer outro cidadão, tendo a igualdade e o respeito ao seu lado para que assim possam vim enfrentar e superar o preconceito e a discriminação do próximo.

Diante de toda essa revolução para começar uma batalha que sabiam que não seria fácil em momento algum, surge então a criação da Lei João W. Nery conhecida também pela Lei de Identidade de Gênero, sendo João Nery ser o primeiro homem transexual a ser operado, em uma época que esse tabu nem se arriscava a ser comentado, por essa batalha vencida e por seu reconhecimento o deputado federal Jean Willys propôs essa nova revolução, onde seu foco é a mudança do prenome e gênero das pessoas trans sem a necessidade de passar por uma intervenção cirúrgica havendo assim o reconhecimento de nome transgênero.



Havendo também do Decreto nº 8.7272/2016 que em seu artigo 1º aborda sobre uso de nome social e reconhecimento de identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais que dispõe:

**“Art. 1º Este Decreto dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.**

**Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se: I - nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e II - identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento.”**

Antes da criação da Lei de Identidade de Gênero e da aprovação da ADI nº 4275/DF esse requisito cirúrgico era fundamental aos olhos da justiça, porém se tornava um obstáculo para essas pessoas, onde nem todos poderiam ter a chance de vim a pagar por esse procedimento e também prologariam a sua realização de mudança pôr o Sistema de Saúde/SUS não conseguir atender a demanda de pacientes.

O processo de todo esse reconhecimento foi uma batalha dolorosa e longa, onde desde o começo a discriminação de outras pessoas foi bem intensa, pois esse direito ainda não era algo certo e concreto. Foi ficando cada vez mais difícil a aceitação dessa nova classe na sociedade e com isso percebemos a extensão de toda essa discriminalização que começou a afetar o ambiente educacional e a inserção social.

Desde o começo desse processo foi preciso enfrentar uma batalha pessoal, pois muitos homens trans começavam a negar suas verdadeiras identidades por conta de medo de futuras agressões, que sempre foi muito comum por certas pessoas da sociedade interpretar essa nova construção de identidade como algo assombroso. Mas como a comunidade sempre cuida para o bem estar de todos foi surgindo ajuda para acompanhamento psicológico, judicial.

Assim com toda essa ajuda e apoio nessa batalha se tem a visibilidade do próprio reconhecimento de identidade e com isso nenhuma pessoa estaria desamparada sofrendo em dobro pela não aceitação de si próprio e pela negação da sociedade, dando mais um motivo para se manter firme na luta e vir a vencer e quebrar qualquer barreira pela frente.

E com todo esse apoio durante o processo de aprovação da ADI 4275/ DF tivemos um começo sustentado por uma tese onde dizia “é a de que há um direito fundamental à identidade de gênero, inserido dos princípios encontrados na Constituição Federal, como o da dignidade da pessoa humana (art.1º, inciso III), da igualdade (art.5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art.3º, IV), da liberdade (art.5º caput), e da privacidade (art.5º, X)”, sendo elementos básicos e essenciais para uma aceitação perante a sociedade.

Sendo todos esses princípios expostos acima um meio legal de assegurar a essas pessoas um comprometimento com futuras lesões caso não ocorra o reconhecimento dos direitos transexuais para a mudança do prenome, que ocasionalmente vai gerar um certo desconforto pôr a pessoa ainda permanecer com um nome que não se encaixa com o que ela realmente sente dentro de si.

Para a procedência da ação direta houve interpretação além da Constituição Federal a do Pacto de São José da Costa Rica conforme seu art. 58 da Lei 6.015/73 que enfatiza o reconhecimento dos transgêneros que tenham o direito de substituição do prenome e sexo no registro civil sem que haja tratamentos hormonais ou cirurgia de transgenitalização.

## 1.2 Conceito e Classificação de Pessoas Transgênero

Podemos definir as pessoas transgênero como pessoas que não se identificam com o sexo biológico que nasceu, que simplesmente não se sentem confortáveis pelo fato de ter nascido homem ou mulher e busca o oposto para que possam se confortar e se sentir bem com o próprio corpo. Sendo esse termo usado como referência em um trabalho do psiquiatra John F. Oliver chamado *Sexual Hygiene and Pathology* (1965) onde ele diz: "é enganoso; na verdade, 'transgenderism' ['transgenerismo'] é o que se quer dizer, porque sexualidade não é um fator maior no transvestismo preliminar." Com isso temos o conhecimento do termo e a sua definição sendo popularizada não somente em pessoas transgênero como em transexuais e travestis.

Expresso o conceito nota-se que as pessoas transgêneras sentem um certo desconforto e constrangimento por serem um pouco diferente da sociedade e essas outras classes citadas também sentem na mesma intensidade. Buscando assim o refúgio deles em alterações de seus corpos para deixarem o seu exterior parecido com o que sentem dentro de si, a partir do momento que realmente se aceitaram em outra condição.

Desde o começo das modificações de registro civil foi usado um critério elencado na Resolução n° 1.955, de 3 de setembro de 2010, do Conselho Federal de Medicina que dispõe:

“Resolve:

[...]

Art. 3° Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo dois anos;
- 4) Ausência de Transtornos mentais.

Art. 4º Que a seleção dos pacientes para a cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecerá aos critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:

- 1) Diagnostico medico de transgenitalismo;
- 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
- 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.”

Trazendo assim um questionamento sobre o insinuação de que essas pessoas possuam transtornos mentais, mas pelo contrário não havendo esse transtorno e sim um condição de base biológica diferente. Apesar da nossa ciência não entrar em detalhes sobre o fato de uma pessoa ser assim, temos a explicação de que pessoas cotadas assim sempre estiveram presentes ao decorrer da história de todas as culturas, porém era visto como algo novo ou assustador por divergirem de crenças e religiões da época, por não entenderem que de fato cada um pode se ver e se sentir como for melhor pro seu bem estar, se sentindo completos como todos da sociedade que convivem.

Sendo triste ao ver que nossa sociedade não se sente preparada pra aceitar o simples fato que essa característica seja normal, assim começam os questionamentos, o preconceito, a discriminação, a dúvida de que realmente essa pessoa possa vir sentir diferentes de muitos, de que esteja sendo influenciado mentalmente fazendo assim com que os seus pensamentos sejam absurdos.

### **1.3 Requisitos abordados pela Constituição Federal**

Tendo como preceito o artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 que diz “Qualquer alteração posterior de nome só por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do Juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa. Parágrafo único. Poderá também ser averbado, nos mesmos termos o nome abreviado, usado como firma comercial registrada ou em qualquer atividade profissional.”, que abrangem também os apelidos públicos notórios.

Com isso temos uma compreensão da Constituição Federal que independente da escolha de realização de cirurgia de transgenitalização à o reconhecimento dos transexuais, pois ainda se tem o direito à mudança de prenome e sexo no registro civil. Mas com a escolha não cirúrgica é preciso que se tenha os requisitos elencados a seguir: idade superior a 18 anos; convicção, há pelo menos 3 anos, de pertencer ao gênero oposto ao biológico; e baixa probabilidade de acordo com pronunciamento de grupo de especialidades, de modificação de identidade de gênero.

Assim como previsto no Provimento nº 73 do CNJ em seu artigo 4º coloca relevância na autonomia da pessoa mediante a mudança do prenome e independente de autorização judicial ou realização de cirurgia, dispõe então:

**“Art. 4º O procedimento será realizado com base na autonomia da pessoa requerente, que deverá declarar, perante o registrador do RCPN, a vontade de proceder à adequação da identidade mediante a averbação do prenome, do gênero ou de ambos.**

**§ 1º O atendimento do pedido apresentado ao registrador independe de prévia autorização judicial ou da comprovação de realização de cirurgia de redesignação sexual e/ou de tratamento hormonal ou patologizante, assim como de apresentação de laudo médico ou psicológico.”**

Diante desses requisitos onde a justiça tenta não priorizar a realização do procedimento cirúrgico, tive acesso à um processo judicial de mudança de nome onde o requerente em seu depoimento é questionado sobre a possibilidade e desejo de realizar a cirurgia, ele relata que tem vontade, porém o Sistema de Saúde público tem uma demanda muito grande e demora muito, e para fazer em hospital particular o custo é alto. Contudo tendo apenas a mudança de nome e sexo na certidão já é um grande passo para serem aceitos como querem ser visto pela sociedade.

Conforme o art. 4º citado acima qualquer pessoa acima de 18 anos que deseja obter a retificação de nome na certidão sem precisar entrar com um processo para ter a autorização judicial que é dispensável, podem comparecer ao cartório local de onde foi registrado com uma lista de documento expedida no § 6º e 7º do art.4 do provimento nº 73 do CNJ que diz:

“§ 6º A pessoa requerente deverá apresentar ao ofício do RCPN, no ato do requerimento, os seguintes documentos: I – certidão de nascimento atualizada; II – certidão de casamento atualizada, se for o caso; III – cópia do registro geral de identidade (RG); IV – cópia da identificação civil nacional (ICN), se for o caso; V – cópia do passaporte brasileiro, se for o caso; VI – cópia do cadastro de pessoa física (CPF) no Ministério da Fazenda; VII – cópia do título de eleitor; IX – cópia de carteira de identidade social, se for o caso; X – comprovante de endereço; XI – certidão do distribuidor cível do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal); XII – certidão do distribuidor criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal); XIII – certidão de execução criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal); XIV – certidão dos tabelionatos de protestos do local de residência dos últimos cinco anos; XV – certidão da Justiça Eleitoral do local de residência dos últimos cinco anos; XVI – certidão da Justiça do Trabalho do local de residência dos últimos cinco anos; XVII – certidão da Justiça Militar, se for o caso.

§ 7º Além dos documentos listados no parágrafo anterior, é facultado à pessoa requerente juntar ao requerimento, para instrução do procedimento previsto no presente provimento, os seguintes documentos: I – laudo médico que ateste a transexualidade/travestilidade; II – parecer psicológico que ateste a

transexualidade/travestilidade; III – laudo médico que ateste a realização de cirurgia de redesignação de sexo.”

A retificação dessa maneira gera custos para a pessoa sendo um valor estabelecido pelo próprio cartório para a emissão da nova certidão, e caso a pessoa queira obter de forma gratuita será preciso entrar em contato com a Defensoria Pública da sua cidade para fazer o procedimento. E para que não seja preciso o auxílio da Defensoria Pública foi elaborada a PL 3667/2020 para que se tenha a alteração da garantia de isenção de taxas para retificação de nomes civis e gênero de pessoas transgêneras da Lei nº 6.015/73.

#### **1.4 Abordagem da lei em outros países**

Podemos observar a abordagem sobre o assunto em outros países comparando sempre a forma que é regida a lei no mesmo sentido e visando sempre prevalecer o bem estar do próximo para um melhor acolhimento diante toda a sociedade. E de fato por fim sempre colocando em questão que não é certo exigir que uma pessoa trans passe pelo procedimento que pode vir a lhe causar risco e custos elevados.

Na lei 164/1982 editada pela Itália segue no reconhecimento do direito mediante o processo cirúrgico de mudança de sexo. Junto a isso vale ressaltar o direito da identidade pessoal adotada, onde a Corte de Cassação dispõe que “o direito à identidade pessoal tem o objetivo de assegurar a representação acurada e completa da personalidade individual do sujeito dentro da comunidade na qual sua personalidade surgiu, se expressou e se desenvolveu. É um interesse essencial e fundamental que qualifica a pessoa.”.

Já na Alemanha o Tribunal Constitucional Federal em 2011 se manifestou inconstitucional sobre a cirurgia de mudança de sexo ser um pré requisito, colocando em evidência os direitos fundamentais à autodeterminação sexual. Também vemos cotado a não necessidade da cirurgia na Grã-Bretanha que desde de 2004 consente que haja a emissão de um certificado de reconhecimento de gênero para pessoas maiores de 18 anos; na Espanha seguindo a mesma linha de maioria junto a uma submissão de tratamento médico que vai prevalecer características ao sexo que deseja prever que pode haver a solicitação da alteração de nome diretamente a um agente notarial que realiza retificação de registro.

Em Portugal mesmo que não haja a necessidade do procedimento cirúrgico é denominado de natureza secreta, pois são dados que apenas a pessoa trans ou herdeiros terão acesso juntamente com as autoridades judiciais ou policiais. O reconhecimento se faz mediante um acompanhamento do relatório médico que diz que a pessoa trans possui uma perturbação da identidade de gênero. E por fim na Argentina o reconhecimento se dá a todos com a alteração de nome e sexo sem exigência cirúrgica, focando apenas na liberdade do desenvolvimento pessoal da identidade escolhida.

Desse modo percebemos que as mudanças que se realiza nos registros públicos das pessoas trans segue o trinômio que a lei deve seguir sendo autenticidade, segurança e eficácia. Com isso temos o sigilo conforme a mudança nos registros originais, e para não prejudicar ferindo assim os direitos individuais não se tem anotações das alterações feitas nas certidões quando expedidas.

## **2. Atuação da Defensoria Pública**

Nem todo cidadão tem acesso a uma justiça particular então por meio de ações feitas pela Defensoria Pública em várias áreas do Direito podemos dar a oportunidade de que a justiça seja feita para todos havendo uma inclusão discursiva do Direito elencado em cada questão posta, assim obtendo bons resultados.

Feito um acompanhamento na Defensoria Pública do Tocantins na comarca de Gurupi, temos visto sua atuação no assunto abordado desde 2016 sempre visando compreender e fazer o possível para que no fim de cada julgamento o resultado seja positivo, ajudando na mudança da melhoria da comunidade trans e amenizando os preconceitos, discriminação e situações vexatórias que ocorriam por conta do desejo de uma mudança de vida.

Sempre foi feito todo processo estabelecido por lei para que haja a mudança de nome e gênero, seguindo as orientações psicológicas para entender pelo o que o assistindo passou e ainda continuava enfrentando, ficando demonstrado o momento que se auto identificou com um sexo diferente daquele que nasceu, o início de alguns na inserção de hormônios ou somente na mudança de características físicas evidentes que não tinha a necessidade de um acompanhamento médico, mas que assim fariam com que se sentisse melhor com o seu eu interior.

Abordando a explanação do direito e dos princípios que regem sendo a dignidade da pessoa humana, isonomia e razoabilidade. Ressaltando também o direito à personalidade da essência do indivíduo, pois toda escolha de identidade sexual deve ser respeitada e compreendida por todos em qualquer situação.

A princípio na primeira retificação feita no ano de 2016 não tínhamos a aprovação da ADI 4275/DF que não se fazia necessário o procedimento cirúrgico para a mudança de sexo, conforme o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul(TJRS):

“ Ementa: Retificação de registro civil. Assento de nascimento. Transexual. Alteração na indicação do sexo. Deferimento. Necessidade da cirurgia para a mudança de sexo reconhecida por acompanhamento médico multidisciplinar. Concordância do estado com a cirurgia que não se compatibiliza com a manutenção do estado sexual originalmente inserto na certidão de nascimento. Negativa ao portador de disforia do gênero do direito à adequação do sexo morfológico e psicológico e a consequente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento que acaba por afrontar a lei fundamental. Inexistência de interesse genérico de uma sociedade democrática em impedir a integração do transexual. Alteração que busca obter efetividade aos comandos previstos nos arts. 1º, III, e 3º, IV, da Constituição Federal. Recurso do Ministério Público negado, provido o do autor para o fim de acolher integralmente o pedido inicial, determinando a retificação de seu assento de nascimento não só no que diz respeito ao nome, mas também no que concerne ao sexo. (TJSP, Acv. nº 209.101-40, 1ª CDPriv., Rel. Des. Elliot Akel, D. Registro 19.04.2002)”

Utilizado desde as primeiras retificações feita pela defensoria tem a interpretação do artigos da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6015/1973), onde observa-se que no artigo 58 a alteração do prenome definitivo se dá pela substituição de apelidos públicos notórios, e o artigo 109 que fica demonstrado que a retificação dos registros abrange para todos seguindo o texto do artigo que diz:

"Art.109.Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de 5 (cinco) dias, que correrá em cartório."

Com esse contexto dado pelo tribunal podemos observar que na época feria o princípio da dignidade da pessoa humana pois assim causava constrangimento para o transexual que era impedido de ter uma mudança de gênero por conta do procedimento permanecendo na nova retificação apenas a mudança de nome. Anos depois do primeiro procedimento já temos atualização com um novo julgado que vem a beneficiar o assistido aumentando as perspectivas de uma sentença positiva.

### **3. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

Temos como base constitucional para esse princípio o artigo 1º, III, da Constituição Federal, ligado com o direito da inviolabilidade da vida privada e o direito a honra a imagem no artigo 5º, X da Constituição Federal. Onde se tem por assim dizer o direito proteção como pessoa na sociedade em que vivemos, reconhecendo e conquistando a nossa personalidade jurídica, integridade física e autonomia de vontade.

A dignidade da pessoa humana deixa claro que possuímos o pleno direito ao exercício da nossa identidade, onde podemos decidir como queremos mantê-la para o nosso bem estar pessoal, sem termos problemas com os julgamentos do próximo. Pois possuímos direitos iguais onde gozamos de liberdade de palavra, de crença e de convivência entre todos. Esse direito e dever que o Estado tem com a pessoa humana demonstra que se faz o exercício de direitos sociais e individuais.

Com isso trazemos à tona a liberdade sexual da pessoa humana, com o reconhecimento de igualdade independente da escolha sexual da pessoa, dando a essas pessoas um meio de proteção a toda essa discriminação gerada pela sociedade no todo. Pois somos formados por uma geração que visa a liberdade para esse direito sem tabus, sem uma escolha individual, inalienável e imprescritível; e outra geração que sempre vão taxar como algo discriminatório e preconceituoso para as classes transgêneras e homossexuais no geral.

Independente de generalização da aceitação ou não da sociedade o que importa é que possa ter a realização do direito da escolha sexual da pessoa humana, pois não se pode apenas garantir respeito à dignidade humana, tem que manter em evidência a igualdade de todos perante a lei, sendo algo que nasce com a pessoa e não simplesmente algo momentâneo, sempre será algo que vem de sua própria natureza.

### **4. Criminalização da transfobia**

No ano de 2019 houve a vitória de mais uma batalha enfrentada pelos homossexuais, sendo o enquadramento que o Supremo Tribunal Federal (STF) fez aplicando a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero como um crime. Onde a conduta seria punida pela Lei de Racismo (7716/89), que é crime inafiançável e imprescritível conforme o texto.

O início desse processo se iniciou com um debate entre os ministros, junto a Procuradoria- Geral da República (PGR), à Advocacia- Geral da União (AGU), o Senado e grupos favoráveis e contrários à criminalização da homotransfobia. Os autores da argumentação é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, com voto do relator ministro Celso de Mello e o Mandado de Injunção (MI) 4733, feita pelo relator ministro Edson Fachin, conceituando “para o fim de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especial (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima”.

Um dos maiores impasses desse processo foi a aceitação de todos os ministros por conta de omissão do legislativo, com isso foram adiando as sessões do julgamento, demonstrando de fato que a justiça é lenta é que os projetos ficam parados. O STF interpretou a legislação infraconstitucional e deu seu entendimento no sentido de que a Lei de Racismo se encaixaria para os preconceitos sofridos contra os LGBTs, pois esses sofrimentos eram acontecimentos constantes para essas pessoas.

O que mais foi posto em pauta durante os debates foi de que existe uma falha em melhorar alguns direitos fundamentais que fazem a diferença na nossa sociedade em um todo, e que precisamos que a justiça não se omita diante de casos como esse onde temos uma “doença social de intolerância a padrões de gênero e orientação sexual que contamina a convivência”, como afirma a ministra Cármen Lúcia (2019).

Em decisão tomada pela corte considerou crime praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito em razão da orientação sexual da pessoa, com pena de um a três anos, além de multa e se tiver divulgação de ato homofóbico por meios de comunicação a pena será de dois a cinco anos, além da multa.

## **5. Considerações Finais**

No trabalho exposto pesquisei bastante sobre pessoas transgêneras que durante anos vem se destacando, onde fica claro a sua definição de gênero e identidade de cada indivíduo. Com isso fica evidente que essa pesquisa ajuda na introdução dos estudos sobre essa nova classe diante da sociedade atual em que vivemos, com a ajuda de muitos sites da internet e artigos sobre o tema ampliei a minha visão sobre todas as situações, dificuldades, preconceitos e receios enfrentados.

A dificuldade encontrada na formação do trabalho foi a falta de leis específicas sobre o assunto para que haja um entendimento mais avançado sobre o tema, porém todas as leis utilizadas, e que fazem parte de todo esse processo foram essenciais para entender e clarear todos os tópicos abordados.

No primeiro tópico abordei sobre o começo da história de todo esse reconhecimento advindo de várias gerações, a evolução do debate sobre esse tema abertamente com toda a



sociedade e a batalha dos engajadores da causa, de sempre estarem lutando e reivindicando junto com a nossa justiça e assim terem o auxílio de leis e ações.

Diante disso demonstrei o conceito e a classificação de pessoas transgênero em uma definição que demonstra a popularização do termo, ficou esclarecido sobre os requisitos seguidos pela nossa Constituição Federal Brasileira e de outros países que adota a lei da mudança de prenome e sexo conforme seus parâmetros jurídicos, sendo alguns já com a não necessidade de procedimento cirúrgico para a aprovação da mudança.

Tendo toda essas definições e embasamentos mencionados seguir com a introdução da atuação da Defensoria Pública do Estado do Tocantins comarca de Gurupi, onde foi possível ter acesso a casos e julgamentos onde todos os pedidos de mudança de nome e sexo foram conquistadas e com isso a Defensoria Pública ajudando as pessoas transgênero a vencer uma batalha simples mais de grande importância em sua vida.

Em vista disso foi preciso expor sobre o princípio da dignidade humana que rege o exercício da identidade de qualquer pessoa, que demonstra igualdade e liberdade que cada ser humano tem e deve ter com sua escolha sexual na vida. E com isso expressar a sua verdadeira identidade, onde o corpo em que nascemos não define a pessoa que somos e nos tornamos ao longo da nossa jornada.

Por fim, destaco a criminalização da transfobia, onde foi posto em questão tentar amenizar o sofrimento advindo de preconceitos, discriminações, agressões físicas e verbais pelo simples fato das pessoas apresentar e tentar explicar para a sociedade em que vivemos hoje em dia real orientação sexual e identidade de gênero que se sentem confortáveis.

## 6. Referências Bibliográficas

ACADEMIA. CORPO, GÊNERO E IDENTIDADE: Experiências transgênero na cidade de Manaus. Disponível em: [https://www.academia.edu/37613227/CORPO\\_G%C3%8ANERO\\_E\\_IDENTIDADE\\_Expe%ri%C3%AAncias\\_transg%C3%AAnero\\_na\\_cidade\\_de\\_Manus](https://www.academia.edu/37613227/CORPO_G%C3%8ANERO_E_IDENTIDADE_Expe%ri%C3%AAncias_transg%C3%AAnero_na_cidade_de_Manus). Acesso em: 12 abr. 2020.

ANIMA. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

ANISTIA INTERNACIONAL. 29 de janeiro: Um dia nacional de luta pela dignidade para pessoas trans. Disponível em: <https://anistia.org.br/29-de-janeiro-um-dia-nacional-de-luta-pela-dignidade-para-pessoas-trans/>. Acesso em: 15 set. 2020.

ANOREG. Provimento nº 73 do CNJ regulamenta a alteração de nome e sexo no Registro Civil. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2018/06/29/provimento-no-73-do-cnj-regulamenta-a-alteracao-de-nome-e-sexo-no-registro-civil-2/>. Acesso em: 23 out. 2020.

BBC NEWS BRASIL. Como ser transgênero foi de 'aberração' e 'doença' a questão de identidade. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-44651428>. Acesso em: 12 abr. 2020.

BBC NEWS BRASIL. STF aprova a criminalização da homofobia. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>. Acesso em: 12 abr. 2020.

CNJ. Resolução N° 270 de 11/12/2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2779>. Acesso em: 23 out. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 5002/2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 26 ago. 2020.

CÂMARA LEGISLATIVA. PROJETO DE LEI N° 1210, DE 2007. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=F3459906476F7E2A09CA1E4FEB3F4FCF.proposicoesWebExterno2?codteor=1910345&filename=Tramitacao-PL+3667/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F3459906476F7E2A09CA1E4FEB3F4FCF.proposicoesWebExterno2?codteor=1910345&filename=Tramitacao-PL+3667/2020). Acesso em: 5 nov. 2020.

G1. STF permite criminalização da homofobia e da transfobia. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/13/stf-permite-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia.ghtml>. Acesso em 26 out. 2020.

MARIA BERENICE. Direitos humanos e homoafetividade. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_635\)50\\_\\_direitos\\_humanos\\_e\\_homoafetividade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_635)50__direitos_humanos_e_homoafetividade.pdf). Acesso em: 2 set. 2020.

MARIA BERENICE. Liberdade sexual e direitos humanos. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_650\)16\\_\\_liberdade\\_sexual\\_e\\_direitos\\_humanos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_650)16__liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf). Acesso em: 2 set. 2020.

PLANALTO. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 mar. 2020.

PLANALTO. DECRETO N° 8.727, DE 28 DE ABRIL DE 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm). Acesso em: 23 out. 2020.

PLANALTO. LEI N° 6.015, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16015original.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015original.htm). Acesso em: 13 mar. 2020.

PONTE. Retificação do nome para pessoas trans está mais fácil, mas continua cara. Disponível em: <https://ponte.org/retificacao-do-nome-para-pessoas-trans-esta-mais-facil-mas-continua-cara/>. Acesso em: 5 nov. 2020.

PREFIXO, AGÊNCIA EXPERIMENTAL DE NOTÍCIAS. Transgêneros: A luta pelo reconhecimento da própria identidade. Disponível em: <https://agenciaprefixo.wordpress.com/2016/09/06/a-luta-pelo-reconhecimento-da-propria-identidade/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO BERNARDO 152 DO CAMPO. DIREITOS HUMANOS NA ITÁLIA, ENTRE A SUPREMA CORTE, A CORTE

CONSTITUCIONAL E AS CORTE SUPRANACIONAIS1. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/download/12/9>. Acesso em: 12 ago. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO 26/DF. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Julgamento sobre omissão legislativa em criminalizar homofobia prossegue nesta quarta-feira (20). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403689>. Acesso em: 4 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 12 abr. 2020.

TRATADO INTERNACIONAL PGE. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969)\* (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA). Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 13 mar. 2020.

UNIRIO. O RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE DE GÊNERO E A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO NOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL DO TRANSEXUAL. Disponível em: <http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-carolina-cravo-de-azevedo>. Acesso em: 28 ago. 2020.

WIKIPÉDIA, A ENCICLOPÉDIA LIVRE. Transgênero. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Transg%C3%A9nero#Hist%C3%B3ria>. Acesso em: 9 set. 2020.

## A ÉTICA NO JUDICIÁRIO EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

**MÁRCIA BARBOSA FERNANDES:**  
Graduanda do do Curso de Direito do  
Centro Universitário Católica do  
Tocantins

**OSNILSON RODRIGUES SILVA**

(orientador)<sup>254</sup>

**RESUMO:** O termo “trânsito em julgado” é visto por muitos como o reflexo do fim de uma jornada processual. No entanto, para que um processo alcance esse patamar, etapas precisam ser obedecidas de forma que não reste dúvidas que de a decisão exarada pelo magistrado foi a melhor, a mais correta e sobretudo isenta de qualquer suspeita de interferência e/ou de parcialidade. Neste sentido, busca-se com esse trabalho analisar as influências sobre as decisões do ponto de vista da ética, a Constituição Federal, os Princípios da Eticidade e da Imparcialidade. Necessário se fez entender os princípios da atuação jurisdicional e por fim, compreender que, ainda que o juiz detenha autonomia e independência em relação as suas decisões, estas precisam seguir uma série de regras e normas. Aborda-se nesse trabalho a necessidade de fundamentação, evitando com isso eliminar qualquer dúvida em relação a sentença. Para o desenvolvimento deste artigo foram utilizados os seguintes tipos de pesquisas: exploratória, descritiva e bibliográfica.

**Palavras-chave:** Ética, Imparcialidade Magistrado.

**ABSTRACT:** The term “unappealable transit” is seen by many as reflecting the end of a procedural journey. However, for a process to reach this level, steps need to be taken in such a way that there is no doubt that the decision made by the magistrate was the best, the most correct and above all free from any suspicion of interference and / or bias. In this sense, this work seeks to analyze the influences on decisions from the point of view of ethics, the Federal Constitution, the Principles of Ethics and Impartiality. It was necessary to understand the principles of jurisdictional action and, finally, to understand that, although the judge has autonomy and independence in relation to his decisions, they need to follow a series of rules and norms. In this work, the need for justification is addressed, thus avoiding any doubt regarding the sentence. For the development of this article, the following types of research were used: exploratory, descriptive and bibliographic.

**Keywords:** Ethics, Impartiality, Magistrate.

### 1. INTRODUÇÃO

O juiz, no momento de sentenciar não deve transcender as suas próprias convicções pessoais, deve-se desvincular de suas ideologias religiosas e políticas quando estiver diante de um julgamento.

---

254 Professor Mestre do Centro Universitário Católica do Tocantins. osnilson@catolica-to.edu.br

A presente pesquisa tem como desígnio analisar de forma objetiva, verificar se quando da prolação de decisões judiciais o juiz observa os princípios éticos, bem como as normas constitucionais e em observância ao princípio da Imparcialidade.

Dessa forma, deve-se analisar as regras estabelecidas que no geral preconiza que o Juiz deve de maneira fundamentada motivar de forma pormenorizada cada trecho da sentença, não podendo mais ser uma decisão genérica, quando estiver diante de um julgamento.

Verificava-se que, antes do referido comando, o juiz estava mais vulnerável as práticas dos atos das magistraturas, bem como exposto ao cometimento de infrações no que diz respeito às práticas de condutas que ferem os princípios éticos na carreira da magistratura. Tais práticas colocava em dúvida o cumprimento do artigo 93 da Constituição Federal, que tem como princípio basilar do comportamento e da moral da magistratura.

Como forma de operacionalizar este conhecimento, a pesquisa se realizou por meio da revisão sistemática da bibliografia. Como delineadores da pesquisa foram empregados os critérios documentais e bibliográficos, em relação ao seu tipo esta pesquisa se mostra descritiva.

Para o desenvolvimento deste artigo, fez se necessário em primeiro lugar entender como o princípio da ética vem disposto no ordenamento constitucional. Posto isto, passa-se a analisar como a ética alicerça a carreira jurídica, em que pese, busca-se conceituar a ética como valores constitucionais, regulamentando tanto a carreira profissional e jurídica como também o prequestionamento entre justiça brasileira ante a americana.

Em terceiro plano, busca explicar a necessidade de fundamentação das decisões judiciais com base no apontamento dos doutrinadores em relação ao tema proposto.

Por fim, busca de forma subjetiva visualizar até que ponto o juiz pode intervir em um processo por meio de suas decisões.

## **2. O PRINCÍPIO DA ETICIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

A ética Constitucional nas lições de Nalini (2009, p. 125), aumenta a importância sobre reflexão do fenômeno da Constitucionalização do Direito. Essa expansão dos efeitos dos valores Constitucionais a todos os demais ramos do direito é evidente e poderia ter uma explicação singela: a Constituição é o topo do sistema. Toda a norma Infraconstitucional deve estar submissa a ela.

Tecendo comentário acerca da matéria Assis e Kümpel (2015, p. 101), lecionam que as premissas éticas constitucionais apesar de presentes em diversas disposições da Constituição, ficam ainda mais evidente em nosso ordenamento Jurídico da Administração Pública, ao prever claramente a moralidade dentre seus cinco princípios. O Artigo 37 da Constituição Federal disciplina *in verbis*: “A administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos e dos Municípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (CF,1988).

Administração está a serviço da sociedade, por isso, há a necessidade de uma imposição ética, para que, quem se subordina a Carta Magna agir com probidade, essa

determinação inspira confiança nos cidadãos. Cumpre salientar que “a Constituição Federal é marcada por fortes preceitos éticos. Sem dúvida, não poderia deixar de lado princípios que regem o comportamento moral da atividade profissional do Juiz” (BORGES, 2016).

Assim, entende-se que a ética e moralidade são fatores importantes que regem a convivência de uma nação. São ingredientes indispensáveis na construção de uma sociedade organizada, dotada de honestidade, fidelidade e harmonia. São os princípios que baseiam e formam todos os pilares dos diversos ramos do conhecimento.

Na visão dos autores Assis e Kümpel (2015, p. 101), “a ética permeia toda a Constituição Federal, em seus vários dispositivos, de forma direta ou indireta, explícita ou implícita”.

Ainda neste raciocínio Nalini, (2009, p. 126) “ao dispor em que a construção de um Brasil mais ético, com uma missão que não pode ser interpretada por poucos. É urgente a compreensão de todos Brasileiros” e nela os responsáveis pelo Judiciário, por sua técnica com o texto da Lei, terá um dever principal que é a aplicabilidade das regras da Constituição-Cidadã de 1988 a qual pode ser também chamada Constituição ética, com dever moral de ser um servidor público acima de tudo é um cidadão honesto.

Em suma vale resalte-se que o regulamento da Constituição Federal Independentemente da confirmação válida da maioria relativa no Congresso Nacional em sua doutrina democraticamente expressiva, não permitir as alterações na sua estrutura essencial, a Magna Carta protege, acima de tudo, os princípios e normas formais Próprio do Estado de Direito, bem como os seus Cidadãos. Portanto, o poder Político não pode contrariar os valores essenciais selecionados pelo constituinte Originário é a expressão da vontade suprema do povo, social e juridicamente organizado.

### **3. ÉTICA GERAL E PROFISSIONAL NA CARREIRA JURÍDICA**

Nas lições preliminares de Direito, Reale (2002), explana que “todas as regras, quaisquer que sejam, religiosas, morais, jurídicas ou de etiqueta, são evidentemente emanadas ou formuladas, pela sociedade, para serem cumpridas”. Entretanto a regra existente acarreta certa obediência, certo respeito.

Ainda segundo Reale (2002), ao caracterizar que as regras éticas existem para serem obedecidas e cumpridas, e é natural que todas elas se garantam, de uma forma ou de outra, para que não fiquem apenas expressas, como simples compreensão ou promessas. As formas é quem garantem o cumprimento das regras, ao ponto da inobservância aplicando-se “sanções”.

art. 37 da CF § 4º os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, em prejuízo da ação penal cabível (CF, 1988).

Ao conceituar a Ética, Nalini (2009, p. 19), ao dizer que se trata do estudo fundamentado dos valores morais que orientam o comportamento humano em sociedade.

Por seu turno, Franco Montoro (1999 *apud* Freitas, 2016) ensina que “a palavra ‘Ética’, derivada do grego ‘ethos’, significa costume. Leis éticas são regras que dirigem o comportamento humano e estabelecem deveres e direitos de ordem moral”

Por conseguinte, Reale (1983, p. 85 *apud* Freitas, 2016), alude que “toda norma ética expressa um juízo de valor, ao qual se liga uma sanção, isto é, uma forma de garantir-se a conduta que, em função daquele juízo, é declarada permitida, determinada ou proibida”.

As profissões regulamentadas e parte das carreiras públicas adotam Códigos de Ética ou de conduta, por meio dos quais orientam seus membros em suas relações entre si e com terceiros (FREITAS, 2016).

Segundo Nancy Andrighi (2001, *apud* Assis e Kümpel 2015 p.104), ao dizer que o Juiz ao tomar posse nas funções jurisdicionais, além de agregar ao seu ser a responsabilidade da imagem Institucional a que ele representa, também a imagem do homem-Juiz, estará de forma permanente associada ao poder Judiciário. A figura do Magistrado é imprescindível que ele aja na materialização da Justiça na aplicação da Lei ao caso concreto.

Além do mais, o Juiz precisa ser respeitado pela coletividade até mesmo para que possa desempenhar sua função precípua, que justamente o papel pacificador social. Assim, deve gozar da confiança da sociedade em sua autoridade moral, para assim fortalecer a legitimidade do Poder Judiciário através da excelência da prestação dos serviços públicos da distribuição da Justiça (ASSIS e KÜMPEL, 2015 p.105).

Sobre o aspecto da honestidade, dotada de uma postura adequada e de conduta ilibada deve ser exigida à figura do magistrado. Seria estranho que uma pessoa de má conduta, reconhecidamente na sociedade como pessoas inidóneas estivessem à frente do judiciário, julgando processos.

Em relação ao Juiz, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional do Brasil, (art.60 da LC/35/79 e seu regimento interno art.19, incisos I e III), das disposições gerais art. 1º que exige do Juiz uma conduta irrepreensível na vida Pública e na vida particular. Embora muitos discutam sua utilidade, na verdade um Código de Ética fixa o bojo da conduta, honestidade isso é o que se espera dos Magistrados e de todas as instâncias, adotado pela grande parte dos Países signatário da declaração dos Direitos Humanos e das Organizações das Nações Unidas.

É imperioso salientar que a orientação do Código de Ética da Magistratura, estabelece uma sequência de disposições gerais e principiológicas sobre a atuação dos Magistrados, comprometidos com os valores da instituição e os deveres funcionais do Juiz já concretizado no ordenamento jurídico (ASSIS E KÜMPEL, 2015).

Tais valores estão consolidados na Carta Magna de 1988, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e no Código de Processo Civil de 2015. É nessa complementação que à luz do Código de Ética, propõe-se avançar por todas as searas da vida dos Magistrados, continuamente, desde seu desempenho no exercício de suas atividades jurisdicional até sua maneira ou ação na vida privada.

Na visão de Nalini (2009, p. 411), “ao fundamentar toda e qualquer decisão, o Juiz estará a “prestar contas” à sociedade que o remunera, quanto aos fatores que formaram o seu

convencimento”. Assim, é possível observar que as decisões Judiciais devem ser fundamentadas, e não apenas tomadas pelo seu livre convencimento ou conveniência.

De modo que Assis e Kumpel (2015, p. 131), ao analisar os princípios que governa a conduta dos magistrados Brasileiros, assegurando que esse cumpra os padrões Éticos estabelecido pela própria sociedade, à Magistratura estão previstos do Código de Ética da Magistratura,

Art. 1º “o exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e de do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelo princípio da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacidade, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro” (CODIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA, 2008).

Que relaciona como princípios a independência, imparcialidade, transparência, lisura profissional e pessoal, diligência e dedicação, cortesia, prudência, sigilo profissional, conhecimento e capacitação, hora e decoro, assim, importa dizer que o exercício da Magistratura requer conduta compatível com preceito deste Código de Ética e do Estatuto da Magistratura, orientando pelo princípio aqui apontado vale dizer que engloba implicitamente ou explicitamente em um conjunto de normas.

Ainda segundo Nalini (2015) do pacto fundamental, portanto, surgem os primeiros deveres éticos do juiz Brasileiro. O dever de presteza demonstrando agilidade impondo-lhe conferir ritmo racional ao serviço a seu cargo, compatível com as exigências de justiça formuladas pelo povo. O dever de coragem, para oferecer uma prestação pronta e segura, adequada às finalidades a cuja satisfação foi invocada.

Referindo-se a Lei impõe aos Magistrados, que sempre tem o dever do estudo permanente, de aperfeiçoamento para que o Magistrado possa outorgar uma prestação segura no judiciário, é também de frequentar os cursos reconhecidos, não interrompendo o processo de formação educacional convencional, cujo início se deu com a pré-escola e cujo termo não está previsto, pois equivalente à duração da própria vida tem o dever de ser por excelência do aproveitamento nesses cursos, para que, assimilado o seu conteúdo, ele se reflita em grau superior de excelência da prestação Jurisdicional (NALINI).

Ora, face a condição aduzida por Nalini (2015) no qual ressaltou que o momento histórico em que a Ética na Administração Pública naufraga em vendaval de denúncias, imprescindível que o Juiz se conscientize de que ele representa a última esperança de dignidade na atuação estatal. É inadmissível que os Juízes manchem a imagem do Judiciário em práticas recorrente nos demais poderes.

Logo com a edição do código de ética, duas correntes se formaram uma negativa, entendendo que ética é um a priori e, portanto, o código de ética seria uma confissão da efetividade na seleção de magistrado, e outras, positiva, que entende ser apenas um reforço de valores já estabelecidos e consolidados. No âmbito do CNJ, prevalece o entendimento de que a normatização de preceitos éticos é válida na



medida em que reforça a importância desses preceitos e reafirma o compromisso institucional que assumem os juizes no que toca à excelência na prestação de seus serviços e de sua missão (ASSIS E KÜMPEL 2015, p.107).

Ao se questionar a Justiça Brasileira em comparação a América vê-se uma disparidade com esse compromisso institucional em relação à excelência é que o serviço Público é mal distribuído. A Justiça alavancará a legitimidade do Poder Judiciário, se estivesse ao pé de igualdade a estrangeira que costuma questionar mais o tema da legitimidade do Poder Judiciário do que a Brasileira. Em outros Países indaga-se qual a fonte de legitimação do Juiz, se ele não é eleito pelo povo e não se submete à regra saudável da periodicidade da renovação dos quadros estatais que é o caso de uma eleição em que os cidadãos vai dizer se está satisfeito com a atuação daquele magistrado ou não, na hora de votar (NALINI).

Ainda em seu artigo Leite e Alencar (2012) “O tema “corrupção no Judiciário” é um dos mais complexos no âmbito do Direito Penal. Qual a justificativa para o detentor de um cargo vitalício” com ampla observação pela comunidade de uma remuneração muito acima da média prevista nacionalmente. E que presta serviços de péssima qualidade pelo simples motivo dos fóruns estar abarrotados de processos, e com a morosidade em decidir as questões que chega até o Judiciário, sem falar que tem alguns processos que os autores ou réus já faleceram sem ter suas causas julgadas.

#### 4 DA INDISPENSÁVEL FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

O Juiz ao proferir uma decisão não pode deixar de fundamentá-la, bem como não pode proferir pronunciamento judicial de modo genérico, sem dar explicação do porquê daquela posição, conforme preceitua a Constituição Federal (art. 93, IX), toda e qualquer decisão Judicial deve ser fundamentada.

Antes de tudo, se faz necessário especificar a terminologia das expressões motivar e fundamentar, utilizadas sobretudo na própria Constituição Federal (art. 93, incisos. IX e X); de acordo com o a versão online do dicionário do *Aurélio*, “motivação é o ato ou efeito de motivar, de despertar o interesse por algo”, enquanto que, ainda segundo dicionário *Aurélio Online*, *fundamentação é a* “ação ou efeito de fundamentar; ato de fundamentar-se; em que há”. (DICIONÁRIO, 2019)

Nas lições de Souza (2005, p. 357) “A Constituição Federal de 1988, art. 93, estabeleceu um cânone superior a ser observado: todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas (sob pena de nulidade, inc. IX), e as decisões administrativas dos tribunais motivadas (inc. X)”, é dever do julgador enfrentar os fundamentos relevantes e a prova existente nos autos e dizer ao jurisdicionado porque acolheu ou não a sua pretensão. Não agindo o órgão julgador afronta os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, consagrados na Constituição Federal como cláusulas pétreas (artigo 5º, inciso LV). Sobre pena de nulidade do ato.

Assim, podemos entender que motivar e fundamentar significa exteriorizar as razões do decidir, é nessa tarefa obviamente as opiniões pessoais do Juiz são irrelevantes, devendo o magistrado aplicar ao caso concreto o direito, e não concretizar suas aspirações pessoais.

Nos fundamentos o magistrado deve atacar todas as questões de fato e de direito que sejam indispensáveis para a devida resolução da demanda posta em juízo, de modo a justificar a conclusão que se dará no dispositivo, tal situação é tão verdadeira que só se pode avaliar se uma sentença foi justa ou injusta a partir da análise do que é indispensável a sua fundamentação (ARRUDA, 2016).

A ausência de fundamentação é vício grave, mas não gera a inexistência jurídica do ato, devendo ser tratado no plano da validade do ato judicial a inexistência jurídica decisória, de forma que a sentença sem fundamentação é nula (nulidade absoluta).

Por que razão penso que o dispositivo estabelece uma espécie de roteiro para o magistrado – assim como faz para o advogado (art. 319, CPC/2015) –, mas que não precisa ser seguido “a ferro e fogo”. Afinal, para dar conta do acervo e das metas estabelecidas pelo CNJ, não há como exigir que o julgador analise, de forma pormenorizada, todas as alegações trazidas pelas partes. O que o ordenamento jurídico não admite é a escolha aleatória de uma ou de outra questão fática para embasar o ato decisório, com desprezo a questões importantes e aos princípios do contraditório e da ampla defesa. A decisão que não se explica, que não mostra de onde veio, suscita descrença à própria atividade jurisdicional (DONIZETTI, 2017).

Os autores têm razão, porque em muita relação Jurídica-Processuais as pessoas ocupantes dos polos estão passando uma fase singular, fazendo parte do processo, que jamais será esquecido, diversamente do que ocorre com os operadores do direito, acostumados ao manejo diário de muitos casos, o que pode fazer para esquecer que de cada caso, sendo que o daquele, pode deixar de ser mais um, para ser o processo de alguém (ROGÉRIO).

Em suma Barbosa (2017), depreende-se de seus comentários, que por muito tempo acreditou-se que toda decisão judicial era formada por um silogismo na aplicação da norma. Assim, as decisões Judiciais eram compostas de uma premissa maior (a lei), e de uma premissa menor (os fatos do caso). Assim imaginava-se se que a resolução de um caso concreto se dava apenas pela incidência automática da Lei. Hodiernamente, uma decisão em que se aplica apenas o silogismo lógico é considerada como fundamentação insuficiente.

No caso ora em estudo, a independência funcional do Juiz o permite decidir livremente, não o deve fazer de forma automática, mas para conferir racionalismo e legitimidade para essa independência, é preciso o Juiz prestar contas daquilo que decide, exemplificando as razões pelas quais chega às conclusões adotadas, sendo esta a fundamentação da exigência de motivação (ZAVARIZE).

Nos moldes do Art. 489. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, do Código de Processo Civil, os elementos essenciais que uma sentença deve conter, são o relatório, os fundamentos e o dispositivo. Ausente algum desses, a sentença não será considerada fundamentada.

O relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, entoa a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do

processo, Relatório é requisito essencial e indispensável da sentença e sua falta prejudica a análise desta, e acarretando a nulidade (STJ – Resp. 25082/RJ). A doutrina majoritária afirma ser nulidade absoluta, mas alguns afirmam se tratar de nulidade relativa (PRUSSAK, 2015).

Os fundamentos, em que o Juiz analisará as questões de fato e de direito, e os efeitos da Ausência – A exigência de Fundamentação é constitucional, prevista no art. 93, IX da CF. Assim, toda decisão deve ser fundamentada e em caso de não o ser é pronunciamento judicial eivado de nulidade absoluta (PRUSSAK, 2015)

O dispositivo é elemento essencial dentro da sentença, nele o magistrado indica se acolhe ou rejeita o pedido do autor. Este se divide em dois: dispositivo direto – nele o Juiz indica expressamente o bem da vida pertencente ao autor e tutelado pelo poder judiciário – e o, dispositivo indireto – limita-se a julgar procedente o pedido e a fazer a remissão à pretensão do autor (PRUSSAK, 2015).

Assim, dispõe o Art. 489 do Código de Processo Civil:

§ 1º não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (CF,1988).

No caso ora em estudo Donizetti (2017), que o julgador deve expor, de forma clara e coerente, as razões que lhe formaram o convencimento e não apenas indicar a norma que aplicou ao caso concreto ou somente reproduzir o texto de lei aplicável ao caso. São exemplos de decisões que afrontam esse dispositivo, em razão do disposto no inciso, X, ao indeferir o pedido sem dar as razões a sua resposta em consonância com o dispositivo da lei. Restou caracterizado o abuso do direito de defesa.

Nesse sentido Donizetti, no momento em que se aplicam conceitos Jurídicos indeterminados, sem expor o motivo verdadeiro e concreto de sua aplicação no caso; conceitos Jurídicos indeterminados são aqueles “cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos” (2017). São em outras palavras, institutos que possibilitam interpretação ampla por parte do julgador, a exemplo da “ordem pública” e do “interesse público” ou ponto que se confunde, ordem pública seria assim, uma consequência da ordem jurídica.

De modo que Donizetti (2017), ao levantar os motivos que se determinam a legitimar qualquer outra decisão, é fundamental que as decisões Judiciais estejam coerentes com os fatos apresentados pelas partes. A fundamentação do julgado não pode se mostrar incompreensível ou contraditória, pode gerar dúvida acerca da conclusão apresentada pelo Magistrado, levando-se em consideração que a Jurisdição tem como característica, a criatividade que incumbe ao Órgão Jurisdicional respeitar as peculiaridades de cada caso.

Nessa vereda Donizetti (2017), não atacar todos os argumentos apresentados no processo hábeis de, em tese, informar a posição adotada pelo julgador a decisão judicial deve ser construída ao longo do processo, após a análise das alegações das partes, da apreciação

da prova e das demais circunstâncias do caso. Em outras palavras, tudo o que é relevante e for produzido, deduzido e percebido no processo deve ser levado em consideração no momento de se proferir uma decisão, especialmente em se tratando de sentença ou de acórdão.

Ainda, Donizetti (2017), se restringir a arrolar precedente ou enunciado de súmula, sem indicar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso em apreço se enquadra àquelas fundamentações, nem sempre o dever de fundamentação é observado dentro dos limites que efetivamente o processo reproduziu. As questões de fato e de Direito postas em julgamento muitas vezes são desconsideradas em detrimento da aplicação “rápida” e “prática” de entendimento jurisprudencial que sequer tem relação com o caso concreto.

Ao ponto que Donizetti (2017), a mesma forma que o Magistrado deve lançar as razões pelas quais aplicou determinado entendimento ao litígio posto sob sua apreciação, também deve justificar a inadequação de precedente, súmula ou jurisprudência quando a parte a invocar como forma de subsidiar o seu pleito. Se, por exemplo, a parte invoca um precedente vinculante e o Juiz entende que ele não se aplica ao caso concreto, deve, de forma fundamentada, demonstrar que a situação fática apresentada é distinta daquela que serviu para o precedente.

No caso do art. 489, parágrafo 2º de colisão entre normas, o Juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada, e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão (CPC, 2015).

Conclui-se que a doutrina ressalta este aspecto de importância do princípio imposto pela Constituição, requer que o Juiz motive suas decisões antes de tudo para permitir o controle da atividade Jurisdicional. “Os fundamentos da sentença dirigem-se ao convencimento não só do acusado, mas das partes do processo, demonstrando a correção e justiça da decisão Judicial sobre Direito da Cidadania”. (BARACHO, 2004. p. 83).

No parágrafo § 3º do art. 489 do CPC, disciplina que “a decisão Judicial deve ser interpretada a parti da conjugação de todos os elementos em conformidade e em com o princípio da boa-fé” (BRASIL, 2015). É possível se verificar que o Juiz deve considerar as aduções das partes, os documentos que carregam os autos, as provas produzidas e as condutas dos sujeitos processuais. Todos esses fatos influenciam o Magistrado na hora de interpretar a norma.

O dispositivo serve para alertar o julgador da necessidade de pronunciar sobre as peculiaridades do caso sub judice, devendo, para tanto, demonstrar que o caso foi efetivamente apreciado, mostrando a relação entre os fatos e a norma aplicada, como bem ressalta (DIDIER, 2015).

Quanto mais aberto for o texto analisado, com incidência da maioria dos princípios, mais se demandará do Juiz em termos de fundamentação. Por outro lado, em situações mais simples, bastou Magistrado realizar a simples subsunção. Contudo, de uma maneira ou de outra não pode o julgador apenas repetir o texto legal. (DIDIER, 2015).

Por seu turno Didier (2015), comenta, que as premissas vinculadas ao exercício do juiz se estabelece o dever de o Magistrado fundamentar suas decisões, bem como uma série de garantias vinculadas as concepções resultantes do terceiro paradigma Constitucional, fundada no estado democrático do direito Analisa-se, neste momento, o diálogo entre Estado Democrático de Direito e as novas perspectivas adotadas no contexto do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, filia sobretudo no que concerne à fundamentação das decisões judiciais, e no garantirmos processual.

Segundo Zavarize (2004, p. 53) ao dizer que "além da demonstração das razões de decidir, num contexto que em que permeia o direito das partes de interpor os recursos cabíveis", conclui-se que o cidadão tem sua base legal de exigir do poder executivo executado todas as normas impostas ao magistrado, quando estiver seu direito manipulado, a fundamentação também permite determinar com precisão o conteúdo da decisão, a fim de facilitar sua interpretação e seu próprio cumprimento. (ZAVARIZE, 2004).

## **5 A INFLUÊNCIA DA PERSONALIDADE DO JUÍZ PARA A FORMAÇÃO DO SEU CONVENCIMENTO**

Um dos princípios de observância obrigatória no momento da atuação do magistrado é o Princípio da Imparcialidade. Contudo, necessário se faz questionar até que ponto as decisões judiciais estão livres da influência da personalidade dos juízes que as proferem?

Assim importa dizer que no art. 7º do CPC. Quando se assegura a parte a paridade de tratamento e o mesmo que dar armas na mesma proporção em que possa se defender em relação ao exercício de Direito é facultades Processuais, e que aos meios de defesa, e aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções Processuais, competindo ao Juiz zelar pelo efeito do contraditório A paridade de armas se faz necessário para um bom combate processual, em busca de uma solução amigável.

Face as considerações aduzidas, Capez (2016, p.90) "O Juiz situa-se na relação processual entre as partes e acima delas (caráter substitutivo) ", na demonstração que o juiz está como uma pessoa posta observar o fato que, aliado à circunstância de que ele não vai ao processo em nome próprio, nem em conflito de interesses com as partes, torna essencial a imparcialidade do julgador". Na figura de um rei com um olhar distante que dar para saber a medida certa da lei que cabe a cada um.

Ao ponto que Zavarize (2004, p. 175), aduz que "inicialmente, tendo em vista que o próprio princípio do devido processo legal acarreta a existência da imparcialidade, já que assegura um processo correto em todos os sentidos". Não podendo o julgador ajudar a contra pôr a balança.

Na percepção Donizetti (2016 p.59), (...) "não se pode conceber que o estado chame para si o dever de solucionar os conflitos e o exerça por meio de agentes motivados por interesses próprios". Que ponha em risco o judiciário, trazendo desconfia a índole do julgador.

Ainda, Capez (2016, p.90), "Trata-se da capacidade subjetiva do órgão Jurisdicional, um dos pressupostos para a constituição de uma relação processual válida. Para assegurar essa imparcialidade".

Nessa assimilação ao advogar a matéria a ser discutida na íntegra, com suas afirmações o Juiz imparcial é aquele que não tem interesse na lide, não é totalmente verdade, pois é apenas uma meia verdade. Na realidade ele não deve ter, a priori, o interesse em determinado resultado, em razão de vantagem pessoal de qualquer ordem. Essa situação naturalmente gera a disparidade do Juiz com necessidade de seu afastamento do processo (NEVES, 2017).

No mesmo raciocínio Zavarize (2004, p.176) “é importante que não se registrem, na fundamentação das decisões, qualquer angústia, descontentamento ou invocações que superem o necessário bom senso exigido do julgador”.

No que se referem a imparcialidade Assis e Kumpel, (2015 p.132), “julgar com imparcialidade significa abster-se de favoritismo, predisposições, preconceito ou prevenções a favor ou contra alguma das partes”

No mesmo sentido Donizetti (2016, p.59) “A imparcialidade do juízo, além de característica da Jurisdição, figura como pressuposto de validade da relação Jurídico-Processual, constituindo Direito das partes e, ao mesmo tempo, dever do Estado”.

Ainda no mesmo sentido Assis e Kumpel (2015, p.109), “A Imparcialidade tem por objetivo garantir isenção do Magistrado ao decidir, para que a balança não venha pender indevidamente para um dos lados” sem que tenha o Juiz colocado em cada lado as suas ações ou omissões.

É possível se verificar através das discussões até aqui traçadas que a personalidade do juiz não é determinante para sua admissão na carreira, os critérios de seleção, por sua priorizam o conhecimento jurídico, e, deixa de lado o conteúdo ético.

Prado (2008, p.17/18), assevera que: “A história do pensamento jurídico ocidental está imbuída de formalismo (...). A consequência desse modo de conceber o Direito foi o seu distanciamento da realidade (através da separação exagerada entre o mundo dos conceitos e o mundo dos fatos) ”.

A influência das características psicológicas do juiz na sentença, Frank (1948 apud Prado 2008, p.24 - 25) pontua: “O aspecto importante na sentença embora não o único é a personalidade do juiz, sobre a qual influem a educação geral, a educação jurídica, os valores, os vínculos familiares e pessoais (...)”.

De acordo com Prado (2008) que Jerome Frank reconhece o valor das normas jurídicas gerais, o que o autor nega é que o Direito produzido pelos tribunais seja resultado exclusivo de conclusões tiradas das leis, devendo-se levar em consideração a influência da personalidade do juiz na produção da sentença.

Sobre esse aspecto, Frank (1948 apud PRADO 2008, p.25) reforça: “As experiências anteriores do julgador também podem acarretar reações inconscientes favoráveis ou desfavoráveis a respeito de mulheres ruivas ou morenas, de homens com barba, italianos (...) preconceitos que podem ser involuntários ou inconscientes”.

Assim, diante dessas exposições, é evidente que os magistrados como qualquer pessoa é fortemente influenciado pelo meio em que se insere, desta maneira carrega consigo toda carga oriunda do seu contexto socioeconômico, da sua educação, dos costumes de seu povo e família, e das implicações trazidas pela consciência coletiva, Durkheim (1991, p.74) ensina que esta é:

É o conjunto de crenças e de sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade que forma um sistema determinado e tem vida própria (...) Ela forma o tipo psíquico da sociedade, tipo que tem suas propriedades, suas condições de existência, seu modo de desenvolvimento; tais como os tipos individuais, ainda que de outra maneira.

Segundo o autor, é a consciência coletiva que faz com que determinadas condutas sejam consideradas imorais, reprováveis no seio social. E aponta ainda a questão valorativa, afirmando que a sociedade sofre influência direta dessa consciência quando emite julgamentos axiológicos. Sobre esse aspecto, assevera Durkheim: “Sentimos bem que não somos os senhores de nossas apreciações; que estamos amarrados e contrafeitos. É a nossa consciência pública que nos prende”

Assim, todo esse conjunto influencia e contribui para o convencimento do Magistrado no momento decisório. Em resumo, pode-se afirmar que a decisão judicial na verdade, é um resultado híbrido de legalidade, política, ética, racionalidade, lógica e democracia.

## **6.CONCLUSÃO**

Ante as exposições a cima, é possível se inferir que o magistrado no momento de proferir suas decisões este deve agir observado o Princípio da Eticidade bem como deve apresentar a motivação, e, sobretudo, a fundamentação de suas decisões, ademais, deve o juiz atuar com Imparcialidade no momento de entregar a prestação jurisdicional.

O estudo demonstrou a importância de se buscar a efetiva aplicabilidade da Lei. Sendo assim, o Juiz estaria mais próximo da Sociedade, e os mesmos buscariam fazer uma boa política de vizinhança, fazendo com que o Juiz se aproximasse mais da Sociedade, conhecendo o povo e sendo avaliado, seria uma maneira de coibir a pratica de ato de corrupção dentro do Judiciário.

A pesquisa também evidenciou que no momento de proferir suas decisões o magistrado pode se aproximar de seus valores adquiridos ao logo da vida, o que consequentemente o levaria a não decidir com imparcialidade e consequentemente fugir da aplicação pura do direito.

Por fim, para solucionar tal problema, criação de um conselho em cada comarca, composto por membros da sociedade, representantes da OAB e demais operadores do Direito, com a finalidade de proteger a população das arbitrariedades dos Juízes. Esse Conselho teria como fundamentação a busca pela adequação e controle dos atos praticados pelos Juízes.

## **7.REFERÊNCIAS**

ARRUDA Thomas Ubirajara Caldas de. Juízes de todo o país, fundamentem as vossas decisões! Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4818, 9 set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50894>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

BARBOSA, Vitor Carvalho. A Fundamentação de Decisões Judiciais no Novo CPC. In: Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional: O labirinto da codificação do Direito Internacional Privado. P. 255-265. Organizadores: CAMPOS, Adriana Pereira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. Vitória, 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). > Acesso em: 21/03/2015

BRASIL. Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Presidência da República. Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Subchefia, Para Assuntos Jurídicos <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d1171.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm). > Acesso em 26/ 01/2019

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. **Revista Forense**, n. 337, 2004.

BORGES, Clarissa Pereira. **A Ética do Juiz: análise aprofundada sobre o texto ética geral e profissional de José Renato Nalini**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55071&seo=1>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso De Processo Penal**. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

DICIONÁRIO Aurélio Online - Disponível em: <https://www.dicio.com.br/motivacao/> . Acesso em 7 jan. 2019.

DIDIER JR, Fredie, et al. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 329.

DONIZETTI, Elpídio. Ausência de fundamentações nas decisões judiciais. Artigo jurídico. São Paulo, 2017> acesso 21 de jan. 2019..

FREITAS. Vladimir Passos de. Magistratura, Código de Ética e Decisão no Supremo Tribunal Federal. **Revista Consultor Jurídico**. 7 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-07/magistratura-codigo-etica-decisao-supremo>. Acesso em: 12 de jan. 2019

KÜMPEL, V. F.; ASSIS, O. Q. **Noções Gerais de Direito e Formação Humanística**. 1ª ed. São Paulo: YK Editora, 2015.

LEITE, Renan de Carvalho Holanda; ALENCAR, Tatiana Almeida de. **Revista, Transgressões, Ciências Criminais em debates**, Rio Grande do Norte, 2012.



NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

PRUSSAK, Jucineia. Elementos da Sentença. JUSBRASIL. Disponível em:<<https://jucineiaprussak.jusbrasil.com.br/>. >Acesso em: 21 jan. 2019.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva 2002.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC. 2005. Disponível em:<<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/345/338>. > Acesso em: 12 jan. 2019

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millenium Editora, 2004.

## AS PROVAS ORAIS SOB A ÓTICA DA LEI ESTADUAL DE ALAGOAS Nº 7.858/2016

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS: Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

Uma das etapas mais complexas na realização de qualquer concurso público é, sem sombra de dúvidas, a prova oral, quer seja de sustentação, quer seja de questionamentos acerca de temas do conteúdo programático previsto nas regras do certame.

Historicamente, a prova oral no Brasil foi – e continua sendo – alvo de celeumas, principalmente pelas recorrentes notícias acerca de favorecimentos pessoais ou perseguição a candidatos.

Não raro, aliás, o Poder Judiciário é chamado a se pronunciar sobre denúncias de corrupção que envolvem essas provas orais. Por exemplo, sob a discussão de que membros da banca examinadora são amigos íntimos, inimigos capitais ou parentes dos examinados. Ou que houve vazamento de informações prévias sobre o conteúdo das perguntas, a fim de privilegiar alguns concorrentes<sup>255</sup>.

Um outro problema bastante comum nos dias atuais diz respeito à fundamentação da avaliação dos candidatos. É que muitos examinadores, de modo bastante equivocado, pretendem transformar a prova oral num campo obscuro imune a controles.

Segundo esses examinadores, por se tratar de uma prova oral, o candidato não teria meios de postular objetividade no processo avaliativo, pois cada examinador poderia compreender a resposta à sua maneira, ao seu bel prazer.

Esse pensamento, com a devida vênia, não se coaduna com os preceitos constitucionais, notadamente do devido processo legal administrativo, da ampla defesa e do contraditório pleno. Também não é compatível com os deveres de isonomia, impessoalidade,

---

<sup>255</sup> CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Igualdade, discriminação e concurso público. Análise dos requisitos de acesso aos cargos públicos no Brasil**. 1. ed. Maceió: Viva, 2014.

eficiência e moralidade que impõem à Administração Pública um comportamento idôneo, público e transparente de seus atos<sup>256</sup>.

No entanto, nem sempre a jurisprudência dos Tribunais vem caminhando no sentido da necessária proteção dos candidatos contra atos arbitrários de examinadores, como se pode observar do julgado abaixo:

**ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA ORAL. SUBJETIVISMO. CONDIÇÃO INERENTE AO EXAME. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O caráter subjetivo é inerente ao exame oral, sendo certo que a fluência da prova guarda relação direta com o domínio que o candidato possui sobre a matéria e com suas características pessoais. Dessa forma, o maior ou menor tempo utilizado para sua realização depende das características de cada candidato, situação que não fere o princípio da igualdade. 2. A prova oral não se presta exclusivamente à averiguação dos conhecimentos técnicos do candidato, buscando, também, a análise de seu equilíbrio emocional, experiência e fluência verbal, fatores relevantes para o exercício da profissão de Juiz de Direito. O uso de tais critérios sem previsão no edital não compromete sua legalidade, vez que são próprios dos exames orais. 3. O Poder Judiciário não tem poderes para substituir a banca examinadora, mas tão somente para averiguar a legalidade dos critérios por ela adotados. 4. Recurso ordinário improvido. (STJ, RMS 19.022/PI, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 306)**

Justamente para evitar situações de supostas perseguições e favorecimentos em provas orais é que no âmbito do Estado de Alagoas se editou a Lei Estadual nº 7.858/2016. Tal norma jurídica estabeleceu normas gerais para realização de concurso público pela Administração Direta, Indireta, Autárquica e Fundacional do Estado de Alagoas.

Segundo a citada lei:

### CAPÍTULO XIII DAS PROVAS ORAIS

Art. 69. As provas orais serão realizadas por banca formada por, no mínimo, 03 (três) especialistas no assunto avaliado.

Art. 70. A avaliação do candidato será obrigatoriamente fundamentada, com demonstração objetiva da correção ou incorreção das respostas e sustentação, sendo vedada a análise sucinta.

---

<sup>256</sup> CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. O controle administrativo dos concursos públicos no direito brasileiro e o papel da Advocacia Pública. *Revista Internacional Consinter de Direito*, v. 3, p. 190-204, 2016.

Art. 71. A prova oral deve ser gravada, resguardadas as condições necessárias à concentração do candidato e dos examinadores.

Parágrafo único. Ficam assegurados ao candidato, durante o prazo estipulado no edital normativo do concurso público, cópia da gravação e esclarecimentos sobre sua pontuação<sup>257</sup>.

Dessa maneira é possível se verificar a preocupação do legislador quanto às provas orais num contexto brasileiro onde, com frequência, candidatos se dizem violados em seus direitos mínimos no âmbito dos concursos públicos.

Se é certo que a prova oral poderá se constituir – acaso bem aplicada – em relevante instrumento para a seleção dos candidatos mais preparados de determinado certame público, também se pode afirmar que uma avaliação distorcida tem alto potencial lesivo. Lesão essa que possui o alcance de atingir candidatos, a Administração Pública e, em última análise, a sociedade que necessita dos serviços destes futuros servidores públicos.

Em arremate, portanto, uma reflexão se faz bastante pertinente: **a quem interessaria a ausência de controle ou a ampla subjetividade numa prova oral de concurso público?**

---

<sup>257</sup> BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado de Alagoas. Lei Estadual nº 7.858/2016. Disponível em: <[https://sapl.al.al.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2016/1265/1265\\_texto\\_integral.pdf](https://sapl.al.al.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2016/1265/1265_texto_integral.pdf)>. Acesso em 20 dez 2020.

## OS EFEITOS PATRIMONIAIS E PREVIDENCIÁRIOS DO CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

**OTTON TÉRCIO DE OLIVEIRA FERREIRA:**  
Bacharel em Direito pela Faculdade Nobre de Feira de Santana (FAN), Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Pedagógico de Minas Gerais (IPEMIG).

**Resumo:** O Código Civil de 2002 define o que é concubinato, porém, nem ele nenhuma outra legislação regulou seus possíveis efeitos patrimoniais e previdenciários, o que tem gerado muitas controvérsias entre a doutrina e a jurisprudência. Dessa forma, esse trabalho tem o objetivo de analisar os possíveis efeitos patrimoniais e previdenciários que podem ser gerados em consequência de uma relação de concubinato de longa duração. Assim, buscou-se realizar uma contextualização histórica do direito das famílias no Brasil, analisando importantes conceitos relacionados a união estável e ao concubinato, sendo feito ainda importante estudo sobre princípios que regem diretamente esse ramo do Direito de Família. Em seguida foi analisado os efeitos patrimoniais que uma relação de concubinato de longa duração pode ter, já que esse é o objeto central desse trabalho. Sendo constatado, majoritariamente, que doutrina e jurisprudência apresentam posicionamentos conservadores, restringem ao máximo o direito da concubina. Mas alguns doutrinadores e algumas decisões jurisprudenciais em consonância com as evoluções sociais e os princípios fundamentais do direito já defendem o reconhecimento de uniões estáveis putativas e até mesmo de uma união estável paralela a um casamento ou a outra união estável, quando presentes seus requisitos caracterizadores.

**Palavras-chave:** Concubinato, Longa duração, Patrimônio.

**Abstract:** The Civil Code of 2002 defines what is concubinage, but neither has nor other legislation regulated its possible patrimonial and social security effects, which has generated many controversies between the doctrine and the jurisprudence. Thus, this work has the objective of analyzing the possible equity and social security effects that can be generated as a consequence of a long-term relationship of concubinage. Thus, we sought to carry out a historical contextualization of the law of families in Brazil, analyzing important concepts related to stable union and concubinage, being made still an important study on principles that directly govern this branch of Family Law. Next, we analyzed the patrimonial effects that a relation of long-term concubinage can have, since this is the central object of this work. Most of which is that doctrine and jurisprudence are conservative, restricting as much as possible the right of the concubine. But some doctrinators and some jurisprudential decisions in line with social developments and fundamental principles of law already advocate the recognition of putative stable unions and even of a stable union parallel to a marriage or other stable union when their characterizing requirements are present.

**Keywords:** Concubinage, Long Term, Patrimony.

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito de família no Brasil. 2.1. A evolução do direito de família. 2.2. Princípios aplicados ao direito de família. 2.2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana. 2.2.2. Princípio da igualdade. 2.2.3. Princípio da pluralidade das entidades familiares. 2.2.4. Princípio da solidariedade familiar. 2.2.5. Princípio da afetividade. 2.2.6. Princípio da busca da felicidade. 3. Conceitos relacionados ao casamento, união estável e concubinato. 3.1. Do casamento e do princípio da monogamia. 3.2. Da união estável. 3.3. Do concubinato. 3.3.1. Do concubinato de longa duração. 4. Efeitos patrimoniais e previdenciários decorrentes do concubinato de longa duração. 4.1. Posicionamento doutrinário. 4.2. Posicionamento jurisprudencial. 4.2.1. Direito a pensão alimentícia. 4.2.2. Direito a meação e partilha de bens. 4.2.3. Direito a indenização por serviços prestados. 4.2.3. Direito a pensão previdenciária por morte. 5. Considerações finais. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O grande número de pessoas inseridas em relações concubinárias de longa duração demonstra a necessidade de regulamentação legislativa do instituto do concubinato, para que fiquem bem definidos os efeitos patrimoniais e previdenciários que podem ser gerados em consequência dessa relação, e dessa forma ampliar a ele valores relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, essa pesquisa teve como objetivo demonstrar os possíveis direitos patrimoniais e previdenciários decorrentes de uma relação paralela de afeto com pessoa casada ou em união estável quando a relação constituída for de longa duração, com base na legislação, doutrina e jurisprudência. Tendo como tema, “Os Efeitos Patrimoniais e previdenciários do Concubinato de Longa Duração no Direito Brasileiro”.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (CC/02), o instituto da união estável foi regulamentado, antes considerado por doutrinadores e aplicadores do Direito como concubinato puro ou não adúlterino. Entretanto, o conhecido concubinato impuro ou adúlterino, que passou a ser chamado simplesmente por concubinato, não teve regulado os efeitos patrimoniais e previdenciários decorrentes da sua constituição, o que vem gerando grandes controvérsias, que a doutrina e o judiciário tentam diariamente resolver.

Assim, esse trabalho pretendeu responder a seguinte problemática: Nas famílias formadas por indivíduos impedidos de casar, constituindo o instituto do concubinato, a concubina (o) possui direitos patrimoniais e previdenciários? Foram então formuladas hipóteses, entre as quais a que restringe ao máximo o direito da (o) concubina (o); a que entende ser possível a ampliação de todos os direitos inerentes ao instituto da união estável, considerando a relação concubinária uma entidade familiar; e a que defende a aplicação analógica ao concubinato de longa duração dos direitos que incidem sobre casamento putativo.

Durante a pesquisa foi aplicada o método hipotético-dedutivo como base lógica de argumentação, pois o tema não passou por regulamentação legislativa e não conta com um entendimento uniforme no âmbito jurídico, o que justifica o problema que é objeto desta pesquisa. No intuito de tornar claro a problemática foram levantadas hipóteses que se demonstraram verdadeiras parcialmente (LAKATOS; MARCONI; 2017).

Como o tema não conta com regulamentação legislativa, a pesquisa foi realizada analisando conhecimentos produzidos pela doutrina e pela jurisprudência em conjunto com todo o Sistema Jurídico Nacional, por isso, a pesquisa bibliográfica se demonstrou a mais adequada. Aplicou-se a pesquisa o método da Hermenêutica Jurídica para uma melhor interpretação do conteúdo jurídico pesquisado.

O trabalho apresenta grande relevância científica, pois está fundamentado na importância de se analisar e compilar os conhecimentos jurídicos já existentes sobre o tema, contribuindo para a construção de um entendimento justo, em conformidade com a legislação brasileira. Também tem grande valor social, devido o grande número de pessoas que convivem inseridas em relações paralelas de afeto, quase sempre sofrendo discriminações e sem uma legislação que lhe garanta completa segurança quanto aos seus efeitos patrimoniais. Sendo a pesquisa essencial para produção de conhecimento jurídico, com o escopo de proteger seja o direito da (o) esposa (o) ou companheira (o), “oficial”, seja para a proteção da (o) concubina (o), que manteve longo relacionamento de afeto num formato semelhante a uma família.

A pesquisa foi dividida em cinco seções. Na segunda seção se falou sobre a evolução do direito de família no Brasil e em seguida se tratou sobre os principais princípios que regem o direito das famílias, são eles: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade, princípio da solidariedade familiar, princípio da pluralidade das entidades familiares, princípio da felicidade e princípio da afetividade.

Na terceira seção, foram conceituados os institutos do casamento, união estável, união estável putativa e concubinato, o que será fundamental para uma melhor compreensão do tema.

A quarta seção foi reservada para a análise dos efeitos patrimoniais que podem ser gerados em consequência da relação de concubinato de longa duração (direito a alimentos, meação e partilha de bens, indenização por serviços prestados e pensão previdenciária por morte), com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

## **2 O DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL**

### **2.1 A evolução do direito de família**

A promulgação da Lei nº 3.071 em 1.º de janeiro de 1916, instituindo o Código Civil, é tida como um marco na evolução do Direito de Família no Brasil, pois, até então vigoravam leis provenientes até mesmo da época colonial. Assim, segundo Gagliano; Pamplona (2017), apenas aquelas famílias formadas pelo casamento eram reconhecidas, sendo que o Sistema Canônico influenciava diretamente o matrimônio tornando-o indissolúvel. Dessa forma, os filhos provenientes de uma relação externa ao casamento eram tratados como ilegítimos com a finalidade de não se reconhecer os direitos deles.

Com o passar dos anos, a evolução que acontecia na sociedade levou a mudanças legislativas que tinham como objetivo romper com o caráter conservador e patrimonialista do Código Civil de 1916. Então, no ano de 1962 foi editada a Lei nº 4.121 conhecida como “Estatuto da Mulher Casada”, que para Gagliano; Pamplona (2017) resguardou o direito da

mulher perante os bens que adquiria como fruto do seu trabalho e equiparou o direito dos cônjuges, dando plena capacidade à mulher casada.

O casamento que era indissolúvel até o ano de 1977, como forma de forçar a preservação do casamento e da instituição familiar, teve na Emenda Constitucional 9/1977 e na Lei nº 6.515/77 a implementação do divórcio na legislação brasileira, pondo fim à indissolubilidade do casamento.

Mais tarde sob a influência da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), o CC/02 surge buscando atualizar antigas ideias e expressões que não eram mais cabíveis na sociedade como, por exemplo, acabando com a desigualdade entre o homem e a mulher no ambiente familiar e disciplinando o instituto da união estável, distinguindo-o terminologicamente do concubinato. Em seguida, no ano de 2010, a Emenda Constitucional de nº 66, extinguiu o sistema de separação judicial, hoje bastando apenas o divórcio para por fim ao matrimônio.

A sociedade contemporânea vem passando todos os dias por mudanças e o Direito de Família tem o dever de evoluir e acompanhar as novas demandas sociais. Porém, essa ideia que deveria ser unânime não é seguida por parte dos aplicadores do direito e pelo legislador. É o que se percebe no projeto de lei que tramita no Congresso Nacional desde 2013, sob o nº 6.583/2013 que é intitulado de Estatuto da Família. Ele restringe o conceito de família, demonstrando um caráter conservador já no seu artigo 2º:

Art. 2º: Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 2013, p. 1).

Outro projeto de lei que também tramita desde o ano de 2013, é o sob o nº 470/2013, idealizado por integrantes do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e intitulado de Estatuto das Famílias, adere a um significado amplo de família com o objetivo de preservar os valores referentes aos princípios da pluralidade das entidades familiares e da igualdade. É o que se pode perceber pela leitura do seu art. 3º: “É protegida a família em qualquer de suas modalidades e as pessoas que a integram” (BRASIL, 2013, p. 1).

Pôde-se perceber a evolução do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro, acompanhando ainda que timidamente as transformações na sociedade. Porém, ainda há muito a se fazer. Um exemplo é o instituto do concubinato que o legislador diferenciou da união estável, mas não regulamentou os seus efeitos.

## **2.2 Princípios aplicados ao Direito de Família**

A promulgação da CRFB/88 consagrou diversos princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro e diante do grande número de princípios existentes, a seguir serão citados apenas os de maior relevância para o Direito de Família.

### **2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**



Considerado pela doutrina como um “superprincípio”, por ser um dos fundamentos do Estado brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana possui grande influência sobre o Direito de Família. Previsto no artigo 1º, III da CRFB/88, para Madaleno (2018, p.106):

O Direito de Família tem a sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade humana e deste modo promove a sua ligação com todas as outras normas ainda em vigorosa conexão com o direito familista, pois configurando um único sistema e um único propósito, que está em assegurar a comunhão plena de vida, e não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar.

Por tal princípio é possível depreender que cada indivíduo merece ser respeitado pelo Estado e pela sociedade para que seja alcançada uma vida livre de qualquer fator degradante, desumano ou que não seja bom para sua saudável convivência em comunidade. E estando o Direito de Família em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana não existe razão para nenhum tipo de discriminação dos diferentes tipos de entidades familiares que surgem ao longo do tempo na sociedade.

#### 2.2.2 Princípio da igualdade

O CRFB/88 traz o princípio da igualdade, em diversos artigos da norma constitucional. No artigo 5º, *caput*, estabelecendo igualdade entre os indivíduos perante a lei, sem qualquer forma de distinção; no artigo 226, §5º que diz que os deveres da sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher; e no artigo 227, § 6º, que proíbe qualquer tipo de diferenciação de tratamento entre filhos provenientes ou não da relação de casamento ou entre aqueles que sejam adotados (BRASIL, 2002).

A aplicação desses preceitos constitucionais ao CC/02 consagrou a igualdade entre os gêneros nas funções a serem desempenhadas dentro da entidade familiar e extinguiu o tratamento diferenciado de filhos provenientes de relações externas ao matrimônio, conforme previsto nos artigos 1.511, 1.565 e 1.596 do CC/02 (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017).

#### 2.2.3 Princípio da pluralidade das entidades familiares

A CRFB/88 reconheceu a possibilidade de outras formas de entidades familiares diferente do matrimônio. De acordo com Farias; Rosenvald (2017), o legislador constituinte reconheceu na norma o que já era uma realidade na sociedade brasileira; o casamento deixou de ser a única forma de constituição de família protegida pelo Estado, sendo possível a partir de então outras modalidades familiares.

As inovações da Constituição levaram ao reconhecimento do instituto da união estável e da família monoparental como entidade familiar, dignas de proteção do Estado, conforme artigo 226 da CRFB/88. Assim como posteriormente o Supremo Tribunal Federal reconheceu como entidade familiar as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Entretanto, as mudanças ainda não são suficientes já que o legislador deixou de abranger as uniões extramatrimoniais não concedendo a elas expressa proteção Estatal.

#### 2.2.4 Princípio da solidariedade familiar

O artigo 3º, I, da CRFB/88 elenca a solidariedade como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. A construção de uma sociedade solidária, logicamente repercute nas relações familiares já que tal princípio deve estar presente nas relações pessoais da entidade familiar (TARTUCE, 2017).

Para Dias (2015), o CC/02 consagra o princípio da solidariedade para o âmbito familiar ao estabelecer no artigo 1.511 que o casamento estabelece a comunhão de vidas e ao prever no artigo 1.694 a obrigação alimentar entre os integrantes de uma família.

#### 2.2.5 Princípio da afetividade

O afeto é um dos principais fundamentos das relações familiares, mesmo não sendo um princípio expresso na CRFB/88, é possível afirmar que ele decorre do reconhecimento da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana a todos os ramos do direito; gerando a cada dia profundas mudanças na forma de se pensar a família, principalmente no sentido de valorizar o afeto (TARTUCE, 2017).

O princípio da afetividade busca valorizar o afeto nas relações pessoais dos integrantes da entidade familiar, em detrimento, por exemplo, de fatores econômicos e biológicos, por isso sendo considerado também um norteador do Direito de Família.

#### 2.2.6 Princípio da busca da felicidade

O princípio da busca pela felicidade implícito no artigo 1º, III, da CRFB/88 decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, teve grande importância no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 de 2011, pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo. O julgado ampliou o direito em discussão fundamentando-se principalmente no direito de todos de buscar à felicidade.

Posteriormente, no ano de 2016, a mesma Suprema Corte reconheceu a igualdade entre a paternidade socioafetiva e a biológica, assim como admitiu também a multiparentalidade, no julgamento do Recurso Extraordinário 898060. O Ministro Relator Luiz Fux, em seu voto, afirmou que esse princípio elevaria a pessoa à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhecendo o direito dela de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha durante a vida.

Dessa forma, por tal princípio depreende-se que é direito de todos buscar à felicidade, não devendo haver nenhum tipo de discriminação ou resistência desde que essa busca não interfira no direito outrem, sendo essencial sua aplicação no Direito de Família, com o objetivo de respeitar as diversas formas que as famílias podem ser estruturadas.

### **3 CONCEITOS RELACIONADOS AO CASAMENTO, UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO**

#### **3.1 Do casamento e do Princípio da Monogamia**

A Constituição Federal de 1988 é sem dúvida o grande marco legislativo da história do Direito de Família brasileiro, já que consagrou direitos e garantias fundamentais às

relações familiares, estando o instituto do casamento positivado em seu artigo 226 e nos artigos 1.511 e seguintes do CC/02. O casamento pode ser definido como uma união de duas pessoas, com reconhecimento e regulação feita pelo Estado, tendo como base o afeto e com o objetivo de constituição de família (TARTUCE, 2017).

Entre alguns princípios relacionados ao casamento, tem uma importância especial para esse trabalho o princípio da monogamia. Seu mandamento pode ser extraído de dispositivos do CC/02. No seu artigo 1.521, VI, que proíbe o casamento de pessoas já casadas, sendo considerada um fator de impedimento matrimonial que gera, conforme o artigo 1.548, II, do mesmo código, a nulidade absoluta do casamento. O princípio também está implícito no artigo 1.566 do CC/02 que traz como dever dos cônjuges a fidelidade recíproca durante o casamento (BRASIL, 2002).

No que se refere a união estável, os artigos 1.723, 1.724 e 1.727 do CC/02 demonstram a opção do legislador em aplicar o princípio da monogamia também a essa modalidade de entidade familiar. Ao negar o reconhecimento da união aos impedidos matrimonialmente, salvo na hipótese da pessoa casada já estiver ao menos separada de fato ou judicialmente; à medida que eleger como dever dos companheiros a lealdade, que tem um sentido maior que a fidelidade; e por considerar expressamente no artigo 1.727 as relações não eventuais entre os impedidos de casar como concubinato (MADALENO, 2018).

Dessa forma, um dos principais argumentos utilizados por magistrados e doutrinadores para a limitação de direitos patrimoniais à concubina e para um eventual reconhecimento de entidades familiares simultâneas é o princípio implícito da monogamia. Nota-se que durante muitos anos da história do ordenamento jurídico brasileiro ele vem servindo como base para a formação dos núcleos familiares, tendo como influência valores morais e religiosos tradicionais. Mas à medida que a sociedade passa por transformações, a defesa incondicional de um sistema monogâmico de família, sem que seja feita uma análise do fato concreto e das necessidades da população está fadada ao fracasso, já que o Direito deve acompanhar essas transformações.

### 3.2 Da união estável

A união estável, conforme o artigo 226, § 3º da CRFB/88 se constitui como uma entidade familiar, em consequência da união entre o homem e a mulher. Já o CC/02, em seu artigo 1.723, *caput*, reconhece “como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002, p. 149). Sendo ainda necessário a inexistência dos impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1.521 do CC/02, ressalvados a hipótese do inciso VI, quando a pessoa casada estiver separada de fato ou judicialmente (BRASIL, 2002). Nas palavras de Dias (2015, p. 244 ):

A lei não define nem imprime à união estável contornos precisos, limitando-se a elencar suas características ( CC 1.723 ): convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família. Preocupa-se em identificar a relação pela presença de elementos de ordem objetiva , ainda que o essencial seja

a existência de vínculo de afetividade, ou seja, o desejo de constituir família.

Mas durante muito tempo a união estável foi denominada por juristas e doutrinadores por concubinato puro/não adúlterino enquanto o concubinato era chamado de concubinato impuro/adúlterino. Expressões que sempre demonstraram muito preconceito por parte da sociedade, já que o ordenamento jurídico brasileiro apenas reconhecia como entidade familiar o casamento. Mesmo nos casos de concubinato puro/não adúlterino, em que era clara a comunhão de vidas, o que inclui a comunhão material e de sentimentos, essas relações não contavam com a devida proteção legal.

Só após a chegada da CRFB/88 e do CC/02, o concubinato puro/não adúlterino passou a ser chamado de união estável, sendo reconhecido como uma entidade familiar e os integrantes dessa relação passando a serem conhecidos como companheiros. Um instituto que não se confunde com o casamento mas que passou a contar com a proteção legal, ocupando um capítulo próprio dentro do CC/02 entre os artigos 1.723 a 1.727. O Código em seu 1.723, *caput*, traz elementos indispensáveis para a caracterização de uma união estável. São eles: convivência pública, contínua e duradoura e que tenha o objetivo de constituição de família (BRASIL, 2002).

O primeiro dos requisitos, convivência pública, diz respeito à vontade, ainda que implícita, que os companheiros possuem de tornar a relação conhecida a toda a sociedade. Pelas circunstâncias que vivem, aparentam ser marido e mulher, pois praticam atos notórios bastante característicos de um casamento, não merecendo proteção do Estado a relação velada (VENOSA, 2017).

A relação contínua e duradoura também se faz necessário à caracterização da união estável, uma relação que deve estar livre de grandes interrupções e sobressaltos, já que pequenas brigas e desavenças são comuns entre casais. Devendo apresentar estabilidade e seriedade entre os companheiros, sem a necessidade de prazos mínimos, pois o que importa é o quanto é sólida a relação e a qualidade da comunhão entre vidas (MADALENO, 2018).

O objetivo de constituição de família é da mesma forma requisito essencial para o enquadramento da relação nesse modelo de entidade familiar. Não basta a manutenção de um relacionamento íntimo ou até mesmo que ambos convivam sobre um mesmo teto residencial ou profissional sob interesses meramente econômicos. A intenção de ambos deve ser a de partilhar uma vida como companheiros, como se casados fossem, possuindo um relacionamento em que a vontade seja claramente de construção e manutenção de uma entidade familiar, independente da existência de filhos (TARTUCE, 2017).

Também é necessário que os companheiros não incidam nos impedimentos do artigo 1.521, VI, do CC/02, mas caso a pessoa já esteja separada de fato ou judicialmente, não haverá óbice para o reconhecimento da união estável, pois a separação acaba com o dever de fidelidade recíproca entre o casal (DINIZ, 2014).

### **3.3 Do concubinato**

Em período anterior à vigência da CRFB/88 e do CC/02 doutrinadores e julgadores diferenciavam o instituto do concubinato em puro e impuro, ou adúlterino e não adúlterino.

Porém, atualmente estas expressões foram superadas e o concubinato puro ou não adúlterino passou a ser chamado de união estável, conforme artigo 226, §3º da CRFB/88. Por outro lado, a expressão concubinato impuro ou adúlterino foi denominado simplesmente por concubinato, de acordo com o artigo 1.727 do CC/02, que define o instituto tratando ele como sendo o relacionamento entre um homem e uma mulher que possuem impedimentos matrimoniais (BRASIL, 2002).

E por vezes quando se fala em concubinato só é visualizado os casos em que o indivíduo casado mantém uma relação paralela extraconjugal, ele também abrange todos os demais impedimentos previstos no artigo 1.521 do CC/02, como forma de proibir uniões incestuosas.

Assim vale destacar o conceito de concubinato, definido de forma bastante didática por Madaleno (2018, p. 1.699 ):

Concubinato é uma união *impura*, representando uma ligação constante, duradoura e não eventual, na qual os partícipes guardam um impedimento para o matrimônio, por serem casados, ou pelo menos um deles mantém íntegra a vida conjugal e continua vivendo com seu cônjuge, enquanto ao mesmo tempo mantém um outro relacionamento, este de adultério, ou de amasiamento.

O concubinato é considerado uma mera sociedade de fato sendo tratado como uma relação obrigacional, sendo os direitos e deveres dessa relação previstos no rol dos direitos das obrigações e não no direito de família, o que é fundamentado no caráter monogâmico das entidades familiares.

### 3.3.1 Do concubinato de longa duração

União paralelas formadas durante um longo período de forma contínua, apresentando de certa forma uma publicidade e em alguns casos específicos tendo como frutos desse afeto, filhos, são usualmente chamadas pela doutrina e jurisprudência como concubinato de longa duração. São relacionamentos que às vezes apresentam todas as características de núcleo familiar, com ajuda mútua entre os parceiros. Entretanto, ainda não contam com regulamentação legislativa e o direito brasileiro não considerando elas como uma entidade familiar não é tutelada pelo Direito de Família, sendo tratados como uma sociedade de fato, com tutela prevista pelo Direito das Obrigações (TARTUCE, 2018).

Mesmo com características semelhantes que aproximam muito um concubinato de longa duração de uma união estável, o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência é no sentido de não reconhecê-las como uma família simultânea. Na prática o que se observa são verdadeiras famílias formadas paralelamente a um casamento ou a união estável, em que os partícipes da relação por diversas vezes empreendem esforço conjunto para a formação de um patrimônio, mesmo assim a legislação brasileira tal como a maioria dos tribunais restringem ao máximo os efeitos jurídicos e patrimoniais decorrentes dessas relações.

Em situações específicas de concubinato de longa duração em que estejam devidamente provadas ao longo do tempo uma relação socioafetiva constante, duradoura, com características de um núcleo familiar paralelo a um já anteriormente formado, não haveria

razão de se negar a incidência de regras familiares, que assegurassem a concubina segurança jurídica quanto a direitos e deveres advindos dessa relação. São hipóteses claras de duas famílias constituídas, apesar de ainda consideradas adulterinas, mesmo em casos que ambas as mulheres sabem da existência da outra há diversos anos. Cercear consequências jurídicas a esses concubinatos de longa duração é afrontar o princípio matricial da dignidade da pessoa humana e os princípios da afetividade e felicidade, alimentando um sentimento discriminatório ainda muito presente em nossa sociedade.

#### **4 EFEITOS PATRIMONIAIS E PREVIDENCIÁRIOS DECORRENTES DO CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO**

Os efeitos patrimoniais advindos de uma relação de concubinato de longa duração não foram regulamentados e por isso não contam com previsão legislativa. Por isso, uma análise dos possíveis direitos sobre o patrimônio construído durante essa relação e sobre pensões previdenciárias por morte se torna essencial para que se possa tutelar os justos interesses de todos os envolvidos nessa relação, protegendo principalmente aqueles que são economicamente dependentes e impedindo qualquer intenção de enriquecimento ilícito por alguma das partes.

##### **4.1 Posicionamento doutrinário**

As uniões simultâneas a um casamento são tratadas pelo atual Código Civil como concubinato, previsto no artigo 1.727, sendo vedado o reconhecimento de união estável nessas situações, independente da duração e características dessas uniões. Seguindo essa linha, a maior parte da doutrina considera uma união simultânea a uma união estável, por analogia, também como concubinato, o que se fundamentaria no princípio da monogamia e no dever de lealdade imposto pelo artigo 1.724 do CC/02. É o que defende Diniz (2014), dizendo que independente de boa-fé da concubina ou da duração do concubinato, resta a amante a indenização financeira dos bens que comprovar ter ajudado a construir, não tendo direito à alimentos, meação, partilha de bens e pensão previdenciária por morte.

Uma outra corrente, que ganha destaque pela consonância com valores constitucionais, é defendida por Dias (2015), argumenta que baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana, afetividade e felicidade (que regem o Direito das Famílias) independente de boa-fé das partes, deve ser reconhecida a pluralidade de entidades familiares desde que presentes os requisitos caracterizadores da união estável. Dessa forma, todos os direitos patrimoniais tutelados pelo instituto da união estável também seriam aplicados a essas relações concubinárias, tendo a concubina direito à alimentos, meação, partilha de bens e pensão previdenciária por morte.

Ainda existe a corrente doutrinária, defendida entre outros, por Madaleno (2018), afirmando que os relacionamentos afetivos formados após a constituição de um casamento ou união estável caso a (o) concubina (o) desconheça a deslealdade do (a) parceiro (a), poder-se-ia reconhecer uma união estável putativa, por analogia ao artigo 1.561 do CC/02 que trata do casamento putativo, assim, todos os direitos patrimoniais inerentes à união estável seriam aplicados ao concubinato, a exemplo alimentos, meação, partilha de bens e pensão previdenciária.

Embora a maior parte da doutrina e a maioria dos julgados restringirem os direitos da concubina, Gonçalves (2018), afirma que isso tem criado uma situação injusta e que o julgador brasileiro passou a observar as peculiaridades dessas relações, sendo crescente nos tribunais do país a concessão de direitos que surgem em decorrência das relações concubinárias.

#### 4.2 Posicionamento jurisprudencial

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não reconhecem o concubinato de longa duração como uma entidade familiar, eles possuem até o presente momento entendimento consolidado no sentido de considerar as uniões paralelas a um casamento ou a uma união estável, meras sociedades de fato, conforme a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, já citada nessa pesquisa. Em regra, por tanto, a concubina não teria direito a alimentos, indenização por serviços prestados, meação, partilha de bens e pensão previdenciária por morte.

Porém, apesar de não reconhecer judicialmente uniões paralelas no sentido de ampliar a elas os efeitos advindos de uma união estável, esses Tribunais após análise do caso concreto, podem conceder certos direitos à concubina com o objetivo de evitar grandes injustiças.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto às uniões simultâneas é citada na decisão a seguir. Nela o relator, Ministro Antônio Carlos Ferreira, destaca que não é possível o reconhecimento de união estável quando não estiver provado que a pessoa casada não está separada de fato ou de direito:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL NÃO RECONHECIDA. HOMEM CASADO. SEPARAÇÃO DE FATO NÃO COMPROVADA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. **1.A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado.** 2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ). 3. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu pela ausência de comprovação da separação de fato. Alterar esse entendimento demandaria o reexame das provas produzidas nos autos, o que é vedado em recurso especial. 4. Agravo interno a que se nega provimento (BRASIL, 2017, grifo nosso).

No ano de 2015, o mesmo Superior Tribunal de Justiça, diante de uma dissolução de um concubinato que havia durado quatro décadas em que a concubina idosa dependia economicamente do parceiro, concedeu o direito a prestação de alimentos, como se pode ver na decisão:

RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA X DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA. **1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo.** 2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos. **3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas – ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova inconteste da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda –, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida [...].** 4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas. 5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido (BRASIL, 2015, grifo nosso).

No julgado acima, o Tribunal entendeu que por a concubina ter sido mantida financeiramente durante todos os quarenta anos não seria justo, já idosa, ficar desamparada sem a prestação de alimentos. O Relator pontuou que apesar do concubinato, em regra, não gerar esse dever de prestar alimentos, o caso demonstrava excepcionalíssimo e por isso fundamentando seu voto nos princípios da dignidade e da solidariedade determinou que o antigo parceiro voltasse a manter o sustento da concubina idosa.

É importante lembrar que alguns tribunais do país entendem ser possível o reconhecimento judicial de uniões paralelas, ampliando a elas os direitos da união estável, quando a relação posterior preencher os requisitos caracterizadores dessa entidade familiar, independente de boa-fé da concubina (DIAS, 2015 ).



Em casos em que seja formada uma relação afetiva duradoura após a constituição de um casamento ou união estável, quando a concubina desconhece a deslealdade do parceiro, existem doutrinadores e julgados que defendem a aplicação das regras do casamento putativo previstas no artigo 1.521 do CC/02. É o que defende Madaleno (2018), dizendo que deveria ser reconhecida uma união estável putativa e assim aplicados todos os direitos patrimoniais inerentes ao instituto da união estável.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal no julgado a seguir decide em não reconhecer a união estável com pessoa casada que não esteja ao menos separada de fato. Porém, menciona uma possível aplicação da teoria da união estável putativa, quando existir boa-fé da concubina por não ter ciência da condição de casado do seu parceiro:

CIVIL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. PESSOA CASADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Não configurados os requisitos elencados no artigo 1.723 do Código Civil, improcede o pedido para reconhecimento de união estável. 2. A convivência amorosa com pessoa que se sabe ser legalmente casada, sem a demonstração que ela se encontra separada de fato de seu respectivo cônjuge, impede a caracterização da união estável, pois há clara indicação que não houve o affectio maritalis, como propósito em comum. **3. Descabe a aplicação da teoria da união estável putativa quando há inequívoca ciência da condição de casado do apelado, impedindo a análise de eventual boa-fé em seus atos.** 4. Negou-se provimento ao recurso (BRASÍLIA, 2018, grifo nosso).

Diante disso, passa-se a análise dos demais posicionamentos jurisprudenciais sobre os possíveis efeitos patrimoniais que surgem de uma relação de concubinato de longa duração, em especial no que se refere a direitos à alimentos, indenização por serviços prestados, meação, partilha de bens e pensão previdenciária por morte, já que esses são os direitos mais reivindicados aos Tribunais por aqueles que vivem inseridos em uniões paralelas de afeto.

#### 4.2.1 Direito a pensão alimentícia

A CRFB/88 tem como seu princípio maior a dignidade da pessoa humana, que fundamenta o Estado Democrático de Direito e de forma concomitante irrogou o direito à vida o caráter de direito fundamental (DIAS, 2015). Assim, o legislador na Carta Magna assegurou de forma expressa a todos os cidadãos o direito de viver com dignidade. E nesse sentido está inserido o direito a alimentos, significando um meio para a preservação desse princípio maior, concretizando o próprio direito a uma vida digna (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Pois para viver dignamente é necessário que a pessoa consiga suprir suas necessidades básicas com suas próprias forças ou pelo menos com a ajuda de terceiros (prestação de alimentos). O termo alimentos deve ser entendido de forma ampla, abrangendo habitação, vestuário, educação, entre outros.

O atual Código Civil em seu artigo 1.694, *caput*, elencou como legitimados a receber alimentos os parentes, os cônjuges ou companheiros, dizendo ser possível uns pedir alimentos aos outros para que eles possam viver de forma compatível com suas condições sociais, devendo a prestação de alimentos atender inclusive as despesas com educação (BRASIL, 2002).

Diante disso, o entendimento dominante no país é de não ser possível a concessão de alimentos à concubina, como se pode verificar nessa decisão do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARCEIRO CASADO. IMPEDIMENTO. ALIMENTOS INDEVIDOS. 1. A existência de impedimento para o matrimônio por um dos parceiros impede o reconhecimento da união estável (CC 1723, § 1º). **2. Ficou comprovado que o parceiro era casado enquanto mantinha relacionamento amoroso com a autora, que tinha conhecimento do fato.** 3. **Não havendo união estável entre as partes, não são devidos alimentos pelo ex-parceiro, nem partilha de bens.** 4. Negou-se provimento ao apelo da autora. Nas razões do recurso especial, a parte recorrente sustentou, em síntese, violação do art. 1.723 do Código Civil. Buscou, em suma, o reconhecimento da união estável entre as partes, o qual foi público, contínuo, duradouro e com evidente ânimo de se constituir uma família. Brevemente relatado, decidido. O recurso não tem como prosperar. A orientação jurisprudencial desta Corte é firme no sentido de que a relação concubinária, paralela a casamento válido, não pode ser reconhecida como união estável, salvo se configurada separação de fato ou judicial entre os cônjuges, situação não evidenciada nos presentes autos (BRASIL, 2015, grifo nosso).

A decisão acima segue o entendimento dos Tribunais Superiores ao não reconhecer uma união estável quando existirem impedimentos matrimoniais. Neste caso concreto, a concubina pleiteou o reconhecimento de união estável para que fosse concedida a ela pensão alimentícia, alegando a longa duração do relacionamento e o conhecimento da relação concubinária por parte da esposa do seu ex-parceiro. Porém, seu pedido foi negado pelo tribunal que alegou que seu ex- parceiro era casado e que por isso um dos requisitos da união estável não estaria preenchido, dessa forma, não teria direito a prestação de alimentos.

De maneira diversa, encontramos decisões que diante das demandas sociais e baseados nos princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade, buscam ampliar o direito da concubina quando o caso concreto demonstrar uma dependência econômica entre os integrantes da relação concubinária e quando esse concubinato for de longa duração. É o que decidiu a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia:

AGRAVOS DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM ALIMENTOS. RECURSOS QUE COMBATEM DECISÕES PROFERIDAS PELO JUÍZO A QUO, DE INDEFERIMENTO

DOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS E EXTINÇÃO PARCIAL DA AÇÃO QUANTO À PRETENSÃO ALIMENTÍCIA. MATÉRIA CONVERGENTE. JULGAMENTO CONJUNTO. RECONHECIMENTO DO DIREITO DA CONCUBINA À PERCEPÇÃO DE ALIMENTOS. PRECEDENTES DO STJ. TRANSMISSIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AO ESPÓLIO COM A MORTE DO ALIMENTANDO. RECURSOS PROVIDOS. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. 1. A publicidade das decisões se dá no exato momento da inserção nos autos. Verificada que a morte do alimentando ocorrera após o entranhamento da decisão aos autos, estabelecida está a obrigação alimentar. 2. Precedentes do STJ reconhecendo que "a obrigação de prestar alimentos pode surgir como decorrência do concubinato" (REsp 60778/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior) **3. Reconhecido o direito aos alimentos, é possível a transmissão ao espólio da obrigação alimentar estabelecida na decisão, mesmo que originada de um concubinato impuro.** 4. Impossibilidade do juízo primeiro proferir decisão contrária àquela proferida nos autos pela Egrégio Tribunal de Justiça. 5. Agravos de Instrumento providos. Agravo Interno prejudicado (BAHIA, 2016, grifo nosso).

A decisão do Tribunal Baiano, utilizou precedente do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a obrigação de prestar alimentos mesmo em relações concubinárias. No caso decidido acima a Relatora citando a possibilidade de direito à alimentos para a concubina reconhece a possibilidade de transferência dessa obrigação para o espólio do ex-parceiro.

O que se percebe é que existe uma grande resistência por parte de uma corrente de pensamento ainda bastante conservadora em garantir direito a alimentos à concubina, mesmo a relação sendo de longa duração. Entretanto, existem correntes que ao contrário, buscam analisar cada caso concreto, entendendo a realidade e as necessidades da concubina que teve a relação desfeita, para que ela não fique desassistida nesse direito fundamental que é a prestação de alimentos.

#### 4.2.2 Direito a meação e partilha de bens

Passando a análise de direitos a meação e a partilha de bens, a meação diz respeito à divisão do patrimônio, que será fracionado conforme foi a vontade das partes durante a vigência da relação; já a partilha se refere a divisão do patrimônio quando ocorre a morte de uma delas.

Como já foi visto, não existe previsão legal sobre a meação e a partilha de bens construídos durante a relação de concubinato, sendo utilizado pela doutrina e jurisprudência majoritária as regras do Direito das Obrigações a fim de resolver os problemas de ordem patrimonial. Por isso, o concubinato foi por analogia equiparado a uma mera sociedade de fato que está disciplinado nos artigos 986 a 990 do atual Código Civil, sendo que a concubina (o) só teria direito aos bens que comprovasse ter ajudado a construir; também foi editada a Súmula 380 do STF, tratando sobre o dever de partilha dos bens adquiridos com esforço comum: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua

dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” (BRASIL, 1964).

O entendimento que prevalece nos tribunais brasileiros é que a concubina deve comprovar a efetiva construção dos bens durante o período que durou o concubinato, pois ao contrário nenhum direito teria ela sobre eles. Entretanto, alguns tribunais ao reconhecerem a possibilidade de uniões paralelas decidem pela meação ou partilha de bens. É o que se pode depreender do seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DECLARAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL "POST MORTEM". PROCESSOS CONEXOS. JULGAMENTO SIMULTÂNEO. DUPLICIDADE DE UNIÕES. DIVISÃO COM AMBAS AS COMPANHEIRAS. - A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o "de cujus", bem como a dele com outra companheira - **Os bens adquiridos na constância da união dúplici devem ser partilhados entre a esposa, a companheira e o "de cujus"** (MINAS GERAIS, 2018, grifo nosso).**

Na decisão do Tribunal Mineiro, foi reconhecida como união estável uma relação paralela a outra união estável que era devidamente formalizada em cartório. A relação paralela teve duração de 41 anos e apesar de não ter havido como fruto desse afeto filhos, a relação segundo o Relator preenchia todos os requisitos ensejadores de uma união estável.

Sendo assim reconhecida não apenas a união estável que o “de cujus” possuía com a concubina mas também o direito pela partilha dos bens juntamente com a companheira. Seguindo uma nova tendência no que se refere ao reconhecimento de uniões simultâneas, é possível observar que alguns tribunais dos estados, a exemplo do Maranhão, Bahia e da citada decisão de Minas Gerais, admitem todos os direitos inerentes ao instituto da união estável para a concubina. Dessa forma, seria plenamente possível a meação e a partilha de bens, entendimento em consonância com parte da doutrina que fundamenta seus argumentos em princípios norteadores do Direito de Família, a exemplo da dignidade da pessoa humana, afetividade e felicidade.

#### 4.2.3 Direito a indenização por serviços prestados

Outra possibilidade de concessão de direito patrimonial à concubina, geralmente em casos de inexistência de bens a serem partilhados, é a indenização por serviços prestados, que diz respeito, por exemplo, aos trabalhos realizados no âmbito doméstico. A indenização teria por objetivo não deixar desamparada a concubina que prestou suporte ao parceiro, contribuindo assim para a sua ascensão patrimonial durante a relação concubinária. Entretanto, essa hipótese de indenização, que atualmente já não tem sua concessão admitida pela maior parte da doutrina e jurisprudência, gera divergências e perde espaço diante da nova tendência dos tribunais em reconhecer as uniões paralelas.

De acordo com Tartuce (2017), indenizar a concubina por serviços prestados é medida discriminatória, que de forma equivocada tenta quantificar a sua dedicação durante o tempo que durou a relação concubinária, dando um significado financeiro ao afeto que existiu entre os parceiros.

O entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça é de não conceder esse direito a concubina, como se pode notar na seguinte decisão do ano de 2015:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. IMPEDIMENTO. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO. DECISÃO Trata-se de agravo interposto contra a decisão que não admitiu o recurso especial apresentado por M DAS G P, com base no art. 105, III, a, do permissivo constitucional, desafiando acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 244): CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARCEIRO CASADO. IMPEDIMENTO. ALIMENTOS INDEVIDOS [...]. 1. A união estável pressupõe ou ausência de impedimentos para o casamento ou, ao menos, separação de fato, para que assim ocorram os efeitos análogos aos do casamento, o que permite aos companheiros a salvaguarda de direitos patrimoniais, conforme definido em lei. **2. Inviável a concessão de indenização à concubina, que mantivera relacionamento com homem casado, uma vez que tal providência eleva o concubinato a nível de proteção mais sofisticado que o existente no casamento e na união estável, tendo em vista que nessas uniões não se há falar em indenização por serviços domésticos prestados, porque, verdadeiramente, de serviços domésticos não se cogita, senão de uma contribuição mútua para o bom funcionamento do lar, cujos benefícios ambos experimentam ainda na constância da união.** 3. Na verdade, conceder a indigitada indenização consubstanciaria um atalho para se atingir os bens da família legítima, providência rechaçada por doutrina e jurisprudência. 4. Com efeito, por qualquer ângulo que se analise a questão, a concessão de indenizações nessas hipóteses testilha com a própria lógica jurídica adotada pelo Código Civil de 2002, protetiva do patrimônio familiar, dado que a família é a base da sociedade e recebe especial proteção do Estado (art. 226 da CF/88), não podendo o Direito conter o germe da destruição da própria família [...]. Ante o exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Na decisão citada a concubina pleiteou o reconhecimento de uma união estável paralela ao casamento de seu ex-parceiro e conseqüentemente a concessão de alimentos, partilha de bens e indenização por serviços prestados. Porém, em consonância com o que foi dito neste trabalho, o Superior Tribunal de Justiça negou o pedido da concubina.

No que se refere à indenização por serviços prestados, o Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, cita na decisão que a impossibilidade de deferir tal direito a concubina está fundamentada no perigo de dar ao concubinato proteção superior ao casamento ou a união estável que não contam com esse direito. Menciona ainda, que a concessão de

indenização pelos serviços domésticos realizados representaria um atalho para alcançar os bens da família, o que segundo ele não é aceito pela doutrina e jurisprudência pátria.

Os tribunais de justiça do país em sua maioria seguem esse entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, que em anos anteriores já até admitiu a possibilidade de concessão desse direito para evitar que a concubina ficasse desamparada, mas que hoje o cerceia, com base na impossibilidade de conceder a ela um direito que nem mesmo é dado às entidades familiares formalmente reconhecidas pela lei.

#### 4.2.3 Direito a pensão previdenciária por morte

Inúmeros são os conflitos gerados em torno da pensão previdenciária por morte, quando cônjuge e concubina ou companheira e concubina requerem judicialmente o benefício.

O artigo 74 da Lei 8.213/1991, que trata sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, diz que “A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer [...]”. E o seu artigo 16 determina quem são esses dependentes:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada (BRASIL, 1991, p. 1)

E possível observar que o artigo 16, I, se refere ao cônjuge, companheiro ou companheira. Sendo que o legislador se preocupou em definir no § 3º quem seria esse companheiro (a), que é a pessoa com quem se mantém união estável, não incluindo a concubina no rol de dependentes.

Na CRFB/88 o artigo 201, V, assegura “pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro ou dependentes, observado o disposto no §2º” (BRASIL, 1988, p. 85). Não estando, mais uma vez, o direito da concubina regulamentado, mesmo que o concubinato seja de longa duração, não existindo amparo legal que lhe assegure a pensão previdenciária. O que gera grande divergência doutrinária e jurisprudencial, fazendo com que verdadeiras famílias fiquem desassistidas, pois acabam prevalecendo decisões conservadoras.

Em recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi negado um pedido de indenização previdenciária por morte de uma concubina que manteve relacionamento duradouro com homem casado, vejamos:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM E CONSEQUENTE PERCEPÇÃO DE METADE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PENSÃO POR MORTE. DESCABIMENTO. SENTENÇA MANTIDA.** Caso dos autos em que não estão presentes os elementos necessários à configuração da união estável, quais sejam, o convívio público, contínuo e duradouro, a mútua assistência e o intuito de constituir família. Inteligência do artigo 1.723 do Código Civil. Em que pese a prova documental e testemunhal trazida pela apelante, os apelados, através desses mesmos meios, lograram êxito em evidenciar que a relação vivenciada pelo extinto casal não passava de um namoro prolongado, vivenciado, inclusive, durante a manutenção de matrimônio pelo falecido. Apelação desprovida, por maioria (RIO GRANDE DO SUL, 2019, grifo nosso).

Fica claro no julgado o entendimento que é majoritário nos tribunais do país, no sentido de não reconhecer judicialmente aos concubinatos de longa duração direitos inerentes às entidades familiares. No caso em análise a concubina alegou por meio de provas ter mantido relacionamento diário de carinho e afeto por trinta e sete anos com o falecido e que essa convivência era comum também com familiares de ambos.

Em seu voto, o Relator, Ministro José Antônio Dalto e Cesar, admitiu que a relação concubinária era longínqua e que eles possuíam uma convivência comum juntamente com os seus familiares. Porém, argumentou que o falecido era casado e que não existiam provas suficientes que ele estava ao menos separado de fato da esposa, o que geraria um impedimento para o reconhecimento de uma união estável requerida pela concubina. Em consequência disso negou a concessão do benefício previdenciário por morte, não permitindo o rateio com a esposa.

Porém, alguns tribunais estaduais em consonância com as necessidades de grande número de pessoas que ficam em total desamparo após a morte do beneficiário que proveu durante um longo período de tempo a concubina, admitem o reconhecimento judicial de uma união estável paralela a um casamento ou a outra união estável e assim deferem o direito de recebimento da pensão previdenciária por morte.

Foi o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em recente decisão:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CASAMENTO. SEPARAÇÃO DE FATO. INOCORRÊNCIA. ALZHEIMER. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. CONCOMITÂNCIA DE RELAÇÕES. REFLEXOS PREVIDENCIÁRIOS. POSSIBILIDADE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. RATEIO. 1. A pensão por morte rege-se pela legislação vigente quando da sua causa legal, sendo aplicáveis, no caso, as disposições da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97. 2. A doença de Alzheimer não afasta o caráter intuitivo da pessoa portadora da enfermidade, exigindo ainda maior intensidade dos laços familiares. A perda da memória recente não pode ser considerada ou interpretada como quebra do laço matrimonial e não equivale à separação de fato para fins jurídicos. Reconhecida a manutenção do casamento, é devida a pensão por morte à cônjuge [...]. **5. Admite-se o reconhecimento do direito ao benefício de pensão por morte à pessoa que, durante longo período e com aparência familiar, manteve união estável com pessoa casada.** Precedentes. 6. Tendo em vista a coexistência das situações de fato, o rateio da pensão por morte é medida que se impõe, na medida em que presumida é a dependência econômica de ambas as beneficiárias (BRASIL, 2019, grifo nosso).

Nesta decisão foi reconhecido o direito de rateio da pensão previdenciária por morte entre cônjuge e concubina que manteve relacionamento de afeto por longo período de tempo com homem casado. Isso porque, segundo o julgado, a relação se configurou numa união estável, pois era ela pública, duradoura e tinha o objetivo de constituição de família. Apesar de inicialmente a defesa da concubina alegar uma separação de fato existente dentro do matrimônio, foi decidido que a doença de Alzheimer não teria o condão por si só de provocá-la. E que mesmo não separados de fato deveria ser reconhecida judicialmente a relação paralela e em consequência da dependência econômica da concubina, que fosse determinada o rateio da pensão com a cônjuge.

A falta de regulamentação jurídica dos possíveis efeitos patrimoniais decorrentes de um concubinato de longa duração demonstra a grande insegurança jurídica vivida por aqueles que estão inseridos nessas relações. Em que pese a maior parte da doutrina e da jurisprudência sejam conservadoras e restrinjam ao máximo o direito da concubina, é possível observar decisões favoráveis a elas, que não só garantem, de acordo com o caso concreto, os direitos patrimoniais e previdenciários aqui citados, mas também que reconhecem esses concubinatos de longa duração, que apresentam todas as características de uma entidade familiar, como



uma união estável e assim estendendo todos os direitos patrimoniais deste instituto às concubinas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito de Família no Brasil passou por diversas mudanças ao longo dos anos. E a chegada do CC/16 foi considerada um marco, já que substituiu uma série antigas, mas ainda apresentava características conservadoras e patrimonialistas. Transformações foram ocorrendo na sociedade o que levaram a alterações legislativas, assim, no ano de 1962 por meio da Lei nº 4.121 foi reconhecida a capacidade plena da mulher casada e foram resguardados os direitos sobre os bens que ela adquiria por esforço próprio durante o casamento.

Um pouco mais tarde, a Emenda Constitucional nº 9 e a Lei nº 6.515 ambas do ano de 1977, acabaram com a indissolubilidade do casamento, implementando o divórcio. Porém, a grande mudança ocorreu com a promulgação da CRFB/88 e a consequente Constitucionalização do Direito de Família, a Carta Maior reconheceu juridicamente a união estável como uma entidade familiar. Posteriormente o CC/02 trouxe a definição do concubinato, mas o legislador se preocupou apenas em conceitua-lo, não fez nenhuma regulamentação de possíveis efeitos decorrentes da relação concubinária, cabendo a doutrina e a jurisprudência o importante papel na demarcação dos direitos e deveres que surgiram dessa relação.

Atualmente, existem dois projetos de lei que impactariam consideravelmente no Direito de Família, o de nº 6.583/2013 em tramitação no Senado Federal, bastante conservador, considerando família apenas aqueles núcleos formados pelo homem e pela mulher, e outro que tramita na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 470/2013, que representaria uma evolução para a sociedade e para o ordenamento jurídico pátrio, por reconhecer diversas formas de família independente da quantidade de companheiros e do sexo dos integrantes dessa relação.

Essa pesquisa que teve como objetivo demonstrar os possíveis efeitos patrimoniais e previdenciários decorrentes de uma relação paralela de afeto, encontrou respostas na doutrina e jurisprudência que na ausência de uma legislação consolidada se lastreiam principalmente em princípios que norteiam o Direito de Família. Em que pese a maioria se posicionar de forma a restringir os direitos da concubina, foi possível observar correntes de pensamentos que defendem a ampliação dos direitos da união estável também ao concubinato de longa duração; sendo possível constatar também que até mesmo a corrente mais conservadora do Direito de Família admite, a depender da situação fática, alguns efeitos patrimoniais e previdenciários.

Como visto, a maior parte da doutrina e da jurisprudência não reconhece uma relação concubinária de longa duração como entidade familiar, mesmo que presentes requisitos caracterizadores de uma união estável. E ainda tentam restringir ao máximo os direitos da concubina no sentido de não conceder direitos à alimentos, indenização por serviços prestados, meação, partilha de bens e pensão previdenciária por morte; fundamentando tal entendimento principalmente no princípio da monogamia e em valores conservadores de ordem moral. Apenas em casos excepcionais, após detalhada análise de como essa relação foi

estruturada durante os anos, reconhecem alguns desses direitos, porém sem admitir a existência de uma união formal paralela.

Entretanto, existem doutrinadores e decisões jurisprudenciais que diante deste tema e com o objetivo de não deixar desamparadas inúmeras pessoas que vivem sob essa realidade, fundamentam seus argumentos nos princípios da dignidade da pessoa humana, do afeto e da solidariedade, reconhecendo juridicamente a união simultânea de longa duração enquanto entidade familiar, e em consequência disso admitem que todos os possíveis efeitos patrimoniais e previdenciários aplicados a uma união estável sejam estendidos à relação concubinária duradoura, a exemplo do direito à alimentos, meação, partilha de bens e pensão previdenciária por morte.

O estudo realizado pode demonstrar através da análise dos materiais produzidos pela doutrina e pela jurisprudência a grande divergência sobre os efeitos patrimoniais decorrentes das relações concubinárias de longa duração e a necessidade de regulamentação do tema. Foi observado que existe grande preocupação por parte de profissionais do Direito em garantir a devida segurança jurídica às inúmeras pessoas inseridas nesses relacionamentos, o que pode ocasionar uma futura regulamentação do tema pesquisado em conformidade com os valores constitucionais do Estado brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (5. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento 0020167-38.2014.8.05.0000**. Agravos de instrumento. Direito Civil. Ação de reconhecimento de união estável cumulada com alimentos. Recursos que combatem decisões proferidas pelo juízo a quo, de indeferimento dos alimentos provisórios e extinção parcial da ação quanto à pretensão alimentícia [...]. Relatora: Ilona Márcia Reis, 05/10/2016. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/422931229/agravo-de-instrumento-ai-201673820148050000?ref=serp>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. LEI nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, jan. 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: 29 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de Agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ago. 1962. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4121-27-agosto-1962-353846-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977**. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, jun. 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc09-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm). Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, dez. 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: 24 de abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União**, Brasília, DF, out. 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: 29 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 29 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Relator: Min. Ayres Brito, 14/10/2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf/inteiro-teor-110025873?ref=serp>. Acesso em: 22 abr. 2019

BRASIL. **Emenda constitucional nº 66, de 13 de Julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, jul. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm). Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.583 de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, out. 2013. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=47FC186CDB5C27E515DF6EEB0712A562.proposicoesWeb2?codteor=1398893&filename=Avulso+-PL+6583/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=47FC186CDB5C27E515DF6EEB0712A562.proposicoesWeb2?codteor=1398893&filename=Avulso+-PL+6583/2013) Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 470 de 2013**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, nov. 2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materia/s/-/materia/115242>. Acesso em: 19 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1185337/RS**. Recurso Especial. Concubinato de longa duração. Condenação a alimentos. Negativa de vigência de lei federal. Caso peculiaríssimo. Preservação da família x dignidade e solidariedade humanas. Sustento da alimentanda pelo alimentante por quatro décadas [...]. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 31.03.2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/88953434/stj-31-03-2015-pg-2225>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 692685/DF**. Civil. Família. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Parceiro casado. Impedimento. Alimentos indevidos. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 01/06/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194561813/agravo-em-recurso-especial-aresp-692685-df-2015-0098386-1?ref=serp>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898.060/SP**. Recurso Extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica [...] . Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. Relator: Min. Luiz Fux, 30/09/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 999.189/MS**. Civil. Processual Civil. Família. Agravo Interno no Agravo em recurso especial. União Estável não reconhecida. Homem casado. Separação de fato não comprovada. Reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Inadmissibilidade. Incidência da súmula n. 7/STJ. Decisão mantida. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira, 23/5/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465087590/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-999189-ms-2016-0270011-ref=serp>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível 5034371**. Previdenciário. Pensão por morte. Casamento. Separação de fato. Inocorrência. Alzheimer. União estável. Reconhecimento. Concomitância de relações. Reflexos previdenciários. Possibilidade. Dependência econômica presumida. Rateio. Relator: João Batista Pinto Silveira, 27/02/2019. Disponível em: [https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/682241117/apelacao-civel-ac-40343920920174049999-5034392-0920174049999?ref=serp](https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/682241117/apelacao-civel-ac-50343920920174049999-5034392-0920174049999?ref=serp). Acesso em: 21 abr. 2019.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (7. Turma). **Apelação Cível 00188277520148070009**. Civil. Reconhecimento de união estável. Requisitos não configurados. Pessoa casada. Improcedência do pedido. Sentença mantida Relatora: LEILA ARLANCH, 16/11/2018. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/648506370/188277520148070009-segredo-de-justica-0018827-7520148070009?ref=serp>. Acesso em : 20 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. 5. v.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 9 ed. rev. e ampl., atual. Salvador: Jus Podivm, 2017. 6. v.

GAGLIANO, P. S; PAMPLONA, R.F. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. 6 v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 15. ed. São Paulo: Saraíva, 2018. 6. v.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 10024131197246001/MG**. Apelação Cível. Declaração de União Estável "post mortem". Processos Conexos. Julgamento Simultâneo. Duplicidade de uniões. Divisão com ambas as companheiras. Relator: Wander Marotta, 14/03/2018. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/557163767/apelacao-civel-ac0024131197246001-mg?ref=serp>. Acesso em: 22 abr. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). **Apelação Cível 70077428126/RS**. Apelação Cível. Ação declaratória de união estável. Pleito de reconhecimento da união estável post mortem e consequente percepção de metade de benefício previdenciário de pensão por morte. Descabimento. Sentença mantida. Relator: José Antônio Daltoe Cezar, 12/04/2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697797367/apelacao-civel-ac-70077428126-rs?ref=serp>. Acesso em: 30 abr. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. 12. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 5. v.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 5. v.