

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 961

(Ano XII)

(06/06/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

## 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:** Bacharelada 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



**Não há nenhum medicamento específico para tratar ou prevenir o coronavírus (COVID-19)**

*Benigno Núñez Novo, 07.*

### ARTIGOS

**(In) Monitoramento Eletrônico: Dignidade Humana**

*05/06/2020 | Lucília Povedano, 12.*

**A rescisão antecipada do contrato de trabalho desportivo como forma de monetização dos clubes de futebol no Brasil**

*05/06/2020 | Sara Santos Brígliã, 28.*

**Abordagem interdisciplinar entre direito e psicologia sobre os danos da alienação parental e a guarda compartilhada como forma de aplacar a violência emocional**

*05/06/2020 | Gabriela Alves Costa, 44.*

**As penas e medidas alternativas no auxílio ao combate a crise do Sistema Penitenciário**

*05/06/2020 | Matheus Carvalho Silva, 64.*

**Serviço militar: aplicabilidade do Art. 143 da Constituição Federal de 1988**

*05/06/2020 | Daniel Souza Nogueira, 80.*

**Os efeitos jurídicos do casamento à luz da Lei 13.811/19**

*05/06/2020 | Gyulia Santos Araujo, 91.*

**A litigiosidade no Brasil: considerações acerca da multiplicação dos direitos e da implementação da terceira onda de acesso à justiça**

*05/06/2020 | Luiza Beskow Pelegrini, 107.*

**O princípio da afetividade e sua influência nos novos modelos de família**

*05/06/2020 | Suzane Damas Rocha, 124.*

**Imunidade tributária religiosa: uma análise à luz da separação entre Estado e Igreja**

*05/06/2020 | Mirela Reis Caldas, 145.*

**A ilegalidade da Súmula nº 51 do TJ/SC**

*05/06/2020 | Gabriel Rodrigues Soares, 153.*

**Responsabilidade do Estado quanto as pessoas privadas de liberdade**

*04/06/2020 | Alessandra Moura Rodrigues da Silva, 204.*

**Possibilidade jurídica do uso do nome afetivo no curso do processo de adoção: reflexos no Estado do Tocantins**

*04/06/2020 | Marluce da Silva Mota, 231.*

**As alterações na Lei de Abuso de Autoridade 13.869/2019 no âmbito da polícia: avanços e retrocessos**

*04/06/2020 | Luzirene Azevedo Rodrigues, 248.*

**Responsabilidade civil dos municípios em razão de danos ambientais, no âmbito rural, oriundas de queimadas.**

*04/06/2020 | Thatiany Lemes Miranda, 266.*

**Consequências psicológicas apresentadas por vítimas de crimes sexuais**

*04/06/2020 04:22 | Vitor Wilson Perasol, 284.*

**Teoria do Desvio Produtivo: Breve Análise**

*04/06/2020 | Héllen Matos Pereira, 299.*

**A evolução da alienação e instrumentalização do crime segundo Dostoiévski**

*04/06/2020 | Driamar Carlos Primila, 317.*

**O trabalho intermitente: impactos nocivos da perda de vigência da MP 808/2017**

*04/06/2020 | Ana Gisely da Silva Sousa, 336.*

**Guarda compartilhada e alienação parental: compreendendo as consequências emocionais para os filhos**

*03/06/2020 | Francisco de Assis Bandeira Brito, 361.*

**Tutelas provisórias como suspensão da exigibilidade do crédito tributário**

*03/06/2020 | Inaise da Silva Rodrigues, 381.*

**Supremacia da Constituição e democracia: desenho institucional para defesa dos direitos fundamentais**

*03/06/2020 | Clarissa de Cerqueira Pereira, 400.*

**As relações do Direito do Consumidor e o COVID-19**

*03/06/2020 | Luiz Felipe Soares Costa, 415.*

**Pensão por morte na união estável**

*03/06/2020 | Starlyne do Nascimento Lobo, 421.*

**A possibilidade da aplicação da usucapião constitucional rural em área inferior ao módulo de propriedade rural**

*03/06/2020 | Laura Maria Camargo de Souza, 435.*

**A personalização jurídica dos Pets e o Projeto de Lei 27/2018**

*03/06/2020 04:24 | Valeria Bonfim De Sousa, 454.*

**Advocacia na Startups: A importância na contratação do advogado (a) especializado (a) em Startups**

*03/06/2020 | Rosenei De Fátima Dorigo Bernardes, 470.*

**Citação criminal via whatsapp: experiência inovadora no âmbito do Tribunal de Justiça de Alagoas**

*02/06/2020 | Elder Soares da Silva Calheiros, 484.*

**Taxatividade mitigada do rol do art. 1.015 do CPC/15: efeitos na duração razoável do processo**

*02/06/2020 | Brendon Matheus Oliveira Gomes, 492.*

**Covid-19 e a Responsabilidade Civil do Poder Público pela suspensão temporária das atividades econômicas - uma interpretação conforme à Constituição**

*02/06/2020 | Luiz Mário Araújo Camacho Carpanez, 517.*

**Família multiespécie: um enfoque nos conflitos por guarda dos animais de estimação em razão da dissolução da conjugalidade**

*02/06/2020 | Stefane Souza Reis, 536.*

**Direitos humanos da tributação e o princípio da vedação ao confisco**

*02/06/2020 | Leonardo Ribeiro da Silva, 559.*

**O agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime): Algumas reflexões pontuais sobre o novo instituto do agente policial disfarçado, com vistas a relativizar o crime impossível (obra do agente provocador ou flagrante preparado)**

*02/06/2020 | Joaquim Leitão Júnior, 583.*

**A (in)constitucionalidade da restrição à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens**

*02/06/2020 | Maria Catarina Melo Lopes, 598.*

**O discurso de ódio nas redes sociais: um limite para à liberdade de expressão**

*02/06/2020 | Eduardo Francisco Alves Miranda, 618.*

**Direitos do autor: a cultura de violação dos direitos autorais**

*02/06/2020 | Rafael Leandro Dos Santos Alves, 646.*

**A concessão de medicamentos não padronizados pelo sistema único de saúde à luz da jurisprudência dos tribunais superiores**

*01/06/2020 | Lanna Gabriela Bruning Simoni, 664.*

**Da (des)proporcionalidade dos requisitos do art. 318 do CPP para a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar**

*01/06/2020 | Ana Paula Sousa Guimarães, 683.*

**Da estabilidade provisória do empregado acidentado**

*01/06/2020 | Glauciane Carvalho De Souza, 706.*

**O princípio da insignificância e sua aplicabilidade no Direito Administrativo**

*01/06/2020 | Leonardo Ribeiro da Silva, 724.*

**A limitação da gestação por substituição remunerada à luz de um inexistente Código**

*01/06/2020 | Ludmila Angélica Pinto Silva, 737.*

**Restrição ou suspensão de visita aos filhos menores como hipótese de alienação parental**

*01/06/2020 | Wilton Magalhães Santos, 756*

**Avanços e inovações no desenvolvimento da rede assistencial à mulher vítima de violência doméstica**

*01/06/2020 | Brenda Aires Rodrigues*

**Terceirização de serviços de mão de obra na Administração Pública**

*01/06/2020 | DIEGO MARINHO MEDEIROS DE MOURA*

**O efeito secundário da condenação de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde das despesas custeadas em favor da vítima de violência doméstica**

*01/06/2020 | Hamanda de Azevedo Carvalho*



## **NÃO HÁ NENHUM MEDICAMENTO ESPECÍFICO PARA TRATAR OU PREVENIR O CORONAVÍRUS (COVID-19)**

### **BENIGNO NÚÑEZ NOVO:**

Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

**RESUMO:** Este estudo sucinto objetivou compreender que atualmente não há nenhum medicamento específico para tratar ou prevenir o coronavírus (COVID-19) na maior parte dos casos, o tratamento é feito apenas com algumas medidas e medicamentos capazes de aliviar os sintomas, os remédios que se encontram aprovados para o tratamento do coronavírus, pela Anvisa e pelo Ministério da Saúde, são aqueles capazes de aliviar os sintomas da infecção. Não há medicamento ou terapia comprovados contra coronavírus no momento.

**PALAVRAS-CHAVE:** COVID-19. Ausência. Medicamento. Eficaz.

**ABSTRACT:** This succinct study aimed to understand that currently there is no specific medication to treat or prevent the coronavirus (COVID-19) in most cases, the treatment is done only with some measures and medications capable of alleviating the symptoms, the remedies that are found. approved for the treatment of coronavirus, by Anvisa and the Ministry of Health, are those capable of relieving the symptoms of the infection. There is currently no proven medication or therapy against coronavirus.

**KEYWORDS:** COVID-19. Absence. Medication. Effective.

### **1.INTRODUÇÃO**

No mundo, são estudados cerca de 200 medicamentos contra a covid-19, como o Remdesivir, a cloroquina, o Annita e o Avigan. Apesar de alguns serem promissores, ainda nenhum possui aprovação clínica global ou eficácia totalmente comprovada contra a doença causada pelo novo coronavírus.

Segundo a Organização Mundial de Saúde não há nenhum medicamento específico para tratar ou prevenir o coronavírus (COVID-19). Atualmente não são conhecidos remédios capazes de eliminar, de forma eficaz, o novo coronavírus do organismo e, por isso, na maior parte dos casos, o tratamento é feito apenas com algumas medidas e medicamentos capazes de aliviar os sintomas da COVID-19.

### **2.DESENVOLVIMENTO**



Os remédios que se encontram aprovados para o tratamento do coronavírus, pela Anvisa e pelo Ministério da Saúde, são aqueles capazes de aliviar os sintomas da infecção, como:

Antipiréticos: para diminuir a temperatura e combater a febre;

Analgésicos: para aliviar as dores musculares por todo o corpo;

Antibióticos: para tratar possíveis infecções bacterianas que possam surgir junto com a COVID-19.

Estes remédios só devem ser utilizados sob orientação de um médico e, embora estejam aprovados para o tratamento do novo coronavírus, não são capazes de eliminar o vírus do organismo, sendo apenas usados para aliviar os sintomas e melhorar o conforto da pessoa infectada.

Ainda é cedo para saber se teremos de fato um remédio que possa tratar a covid-19. Após visitar a China no auge da pandemia no país asiático, Bruce Aylward, da OMS, afirmou que o antiviral remdesivir foi o único medicamento que deu sinais de eficácia contra o coronavírus. Esse antiviral foi originalmente desenvolvido para tratar o ebola, mas alternativas acabaram se mostrando mais eficazes. Ainda assim, ela deu sinais promissores no tratamento de outros coronavírus, como a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (Mers), em estudos com animais.

O Ministério da Saúde acompanha o desenvolvimento de nove ensaios clínicos realizados no país para testar a eficácia e segurança do uso de alternativas no tratamento de pacientes com coronavírus (Covid-19). Participam destes estudos mais de 100 centros de pesquisas, como universidades e hospitais, reunindo 5 mil pacientes com quadros leves, graves e moderados.

Os principais medicamentos utilizados nos estudos são a Cloroquina e a Hidroxicloroquina associadas ao antibiótico Azitromicina, já usadas contra a malária e doenças autoimunes; a combinação de remédios contra HIV, formada por Lopinavir e Ritonavir; a combinação de Lopinavir e Ritonavir em conjunto com a substância Interferon beta-1b, usada no tratamento de esclerose múltipla; e o Antiviral Remdesivir, desenvolvido para casos de ebola.

O medicamento dexametasona é um corticoide e já demonstrou anteriormente ajudar a reduzir a duração do uso de ventilação mecânica em pacientes com síndrome do desconforto respiratório agudo causada por outras doenças, com o inibidor de interleucina-6 - tocilizumabe, e com plasma convalescente, que em outros países têm sugerido resultados promissores para

combater a infecção viral por meio de seus anticorpos. O chamado plasma convalescente é a parte líquida do sangue que pode ser coletada de pacientes que já se recuperaram da infecção por coronavírus.

Os efeitos colaterais dos anti-inflamatórios, como o ibuprofeno ou aqueles à base de corticosteroides (cortisona, prednisona e dexametasona, por exemplo), ainda não é possível detalhar, estudos preliminares e relatos de pessoas infectadas mostraram que, quem toma estas medicações, apresenta um quadro mais agressivo de Covid-19. Além de agravar quadros da doença, algumas pesquisas estão sendo feitas na Europa e mostram que esses remédios podem facilitar a entrada do coronavírus no organismo. Esse vírus tem uma característica de se conectar a superfícies de várias células, levando a quadros de infecção generalizada.

Os 4 tratamentos que a OMS está estudando para combater a covid-19:

1. Remdesivir. A droga foi concebida para tratar o ebola, mas não se mostrou eficaz contra esta doença. No entanto, parece ter potencial contra os coronavírus com base em testes de células cultivadas em laboratórios. Também há relatos de que foi benéfico para pacientes com covid-19, mas isso não é suficiente para afirmar que o medicamento é eficaz.

2. Cloroquina/hidroxicloroquina. A cloroquina foi utilizada por muitos anos no tratamento da malária, até que o parasita que produz essa doença gerou resistência ao medicamento. Este medicamento tem a vantagem de ser administrado por via oral e é barato, mas também produz efeitos colaterais como dor de cabeça, tonturas, perda de apetite, dor de estômago, diarreia, vômitos e erupções cutâneas, dizem autoridades americanas. Por outro lado, por ser relativamente fácil de obter, sua citação no noticiário como possível cura para covid-19 levou a casos de envenenamento pelo mundo.

3. Ritonavir e lopinavir. A combinação desses dois medicamentos tem sido usada para o tratamento do HIV. Especialistas consultados pela BBC Mundo concordam que esta mistura não mostrou resultados encorajadores contra o coronavírus.

4. Ritonavir/lopinavir e interferon-beta. A quarta opção de terapia a ser testada pelo estudo Solidarity é a mistura de ritonavir e lopinavir junto com interferon-beta, uma molécula que ajuda a controlar a inflamação e demonstrou ser eficaz em animais infectados pela síndrome respiratória do Oriente Médio (Mers, na sigla em inglês). Os especialistas alertam que é essencial ter cuidado quando administrados, pois, se aplicados em estágios muito avançados, podem ser ineficazes ou até causar mais mal do que benefícios ao paciente.

Estudo com coquetel de remédios tem bons resultados contra a Covid-19, os resultados mostram que a combinação tripla das substâncias interferon beta 1-b, lopinavir-ritonavir e ribavirin conseguiu eliminar o SARS-CoV-2.

Um estudo clínico liderado por um professor da Universidade de Hong Kong desenvolveu um coquetel de remédios que mostrou resultados positivos no tratamento de pacientes diagnosticados com Covid-19. O composto foi testado em 127 pacientes de hospitais públicos da cidade chinesa. Os resultados mostram que a combinação tripla das substâncias interferon beta 1-b, lopinavir-ritonavir e ribavirin conseguiu eliminar o novo coronavírus (SARS-CoV-2).

Os resultados positivos do tratamento feito com o coquetel triplo apareceram, em média, sete dias após o início do uso. O desaparecimento dos sintomas ocorreu após quatro dias, e a alta hospitalar, com nove dias. Os pacientes que passaram pelo teste tinham casos leves e moderados. Efeitos colaterais do uso do remédio, como diarreia, náuseas e febre, foram registrados.

Os testes com a combinação das três substâncias foram feitos em um grupo de 86 pessoas. O restante, 14 pessoas, foram consideradas o grupo de controle e receberam apenas parte dos elementos. Ambos tiveram efeitos colaterais semelhantes, mas resultados positivos diferentes, já que o grupo de controle precisou de mais dias para receber o tratamento e se livrar dos sintomas da doença.

Esses resultados correspondem à fase 2 dos estudos clínicos, que vão passar para doentes em estado mais grave na fase 3.

### **3 CONCLUSÃO**

Não há medicamento ou terapia comprovados contra coronavírus (covid-19). A OMS defendeu a importância de que esses estudos continuem, mas lembrou que não há ainda uma resposta padronizada para a covid-19 já avaliada.

Em suma, pode se afirmar que existem alguns tratamentos que parecem estar em estudos muito precoces que limitam a gravidade ou a duração da doença, nesse momento não se tem nada que possa matar ou interromper o vírus.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ANVISA, **Agência Nacional de Vigilância Sanitária**. Nota Técnica nº 04/2020 GVIMS/GGTES/ANVIS. <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33852/271858/Nota+T%C3%A9cnica+n+04-%20-2020+GVIMS-GGTESANVISA/ab598660-3de4-4f14-8e6f-b9341c196b28>.

DI GIOVANNI, G.; NOGUEIRA, M. A. (Orgs.). **Dicionário de políticas públicas**. 2. ed., São Paulo: FUNDAP; UNESP, 2015.

HAYS, J.N. **Epidemics and pandemics**. Their impacts on Human History. Austin, Texas: Fundação Kahle, 2005.

MS, **Ministério da Saúde**. Coronavírus e novo coronavírus: o que é, causas, sintomas, tratamento e prevenção. <https://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/coronavirus>.

REZENDE, Joffre Marcondes de. **À Sombra do Plátano**: crônicas de História da Medicina. São Paulo: Editora Unifesp, 2009.

LE GOFF, Jacques. **As raízes medievais da Europa**. Petrópolis: Vozes, 2011.

<https://news.un.org/pt/tags/organizacao-mundial-da-saude>

<https://www.paho.org/bra>

<http://portalms.saude.gov.br/>

<https://www.sciencemag.org/>

<https://science.sciencemag.org/content/early/2020/04/14/science.abb5793?rss=1>

<https://www.thelancet.com/>

## (IN) MONITORAMENTO ELETRÔNICO: DIGNIDADE HUMANA

**LUCILIA**                      **POVEDANO:**

Acadêmica no curso de Direito do  
IESB – Instituto de Ensino Superior  
de Bauru

**LUZIA ESCARABELO SOTERO**<sup>[1]</sup>.

(orientadora)

**RESUMO:** A presente pesquisa cuida de uma breve análise sobre o monitoramento eletrônico e a Lei n. 12.403/2011, abordando os pontos negativos e os pontos positivos, o direito a dignidade e a não privação da liberdade total. Ademais, mostra que o monitoramento é usado em casos específicos e para um melhor controle do Estado, colocando em confronto o direito da pessoa se regenerar perante a sociedade que, por falta de conhecimentos, pune duplamente o agente, ferindo, assim, sua dignidade. O uso desse mecanismo não é para gerar uma punição e sim como uma medida cautelar. Malgrado não ser cem por cento eficazes, é um método bem interessante e usado para saber em tempo real a localização da pessoa monitorada. Com isso o Estado tem a sensação de justiça e segurança, apesar de ser assegurada ao corpo humano a inviolabilidade pela nossa Constituição de 1988. Seria uma medida usada para que o agente se regenere, sem ser retirado do seio familiar, do seu emprego e da convivência com seus amigos, assim como com a sociedade, evitando sua entrada no sistema prisional, com uma futura saída contaminado com uma vida de crimes.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva. Substituição. Medida alternativa.

**ABSTRACT:** This research takes care of a brief analysis about the electronic monitoring and the Law n. 12.403 / 2011, addressing the negatives and positives, the right to dignity and the non-deprivation of total freedom. Moreover, it shows that monitoring is used in specific cases and for a better control of the State, confronting the right of the person to regenerate before society that, for lack of knowledge, punishes the agent twice, thus injuring his dignity. The use of this mechanism is not to generate a punishment but as a precautionary measure. Despite not being one hundred percent effective, it is a very interesting method and used to know in real time the location of the monitored person. With this the State has a sense of justice and security, although the human body is guaranteed inviolability by our 1988 Constitution. It would be a measure used for the agent to regenerate, without being removed from the family, his job and the coexistence with his friends, as well as with society, avoiding his entry into the prison system, with a future exit contaminated with a life of crimes.

**Key words:** Pre-trial detention. Replacement. Alternative measure.

**Sumário:** Introdução. 1 Monitoramento Eletrônico. 1.1 Surgimento. 1.2 Conceito. 1.3 Previsão legal. 1.4 Deveres com a utilização. 1.5 A revogação. 2 Monitoramento eletrônico no Brasil. 3 Dignidade da pessoa Humana. 3.1 Integridade física. 3.2 Monitoramento versus dignidade. 4 Vantagens do monitoramento eletrônico. 5 considerações finais. 6 metodologia. Referencias.

## **INTRODUÇÃO**

Segundo alguns doutrinadores, a tornozeleira eletrônica não fere a dignidade humana, ainda que usada como medida cautelar, uma vez que essa medida é usada como forma de controle e de ressocialização, não o tirando da convivência familiar e social.

Usada no regime prisional semiaberto, ou aberto, para um controle do Estado, localizando, dessa forma, o agente e, com isso, dando segurança ao cidadão perante os olhares da sociedade. Dessa forma, sua dignidade é mantida, pois não é vista como dupla punição e sim como uma maneira de monitorar e localizar, uma vez que já se encontra apto para receber sua progressão de regime, ou seja, já cumpriu parte da sua pena.

O único direito que a pessoa poderá ser privada é o da sua liberdade, não podendo, assim, privá-lo de seus direitos básicos e fundamentais, muito menos deixa-lo viver com uma espada sobre sua cabeça apontando que ele sempre será culpado por um erro, pelo qual o Estado já o puniu.

Há casos em que esse monitoramento ocorre antes mesmo da condenação, sendo uma medida cautelar, a qual é empregada a fim de que o Estado não perca de "vista" o acusado. Nessa hipótese, têm-se entendimentos de que o indivíduo teria ferida sua imagem, pois ainda não houve condenação.

## **1 MONITORAMENTO ELETRÔNICO**

### **1.1 Surgimento**

Foi na América do Norte nos anos oitenta que se deram as experiências primária com o mecanismo de monitoramento eletrônico, nos anos 90 essa medida enaltecida na Europa por seus atributos de individualizar a pena. Esse sistema acontece por meio do GPS (Global Positioning System – sistema de posicionamento global) que foi principiado por volta de quarenta anos pela liderança dos EUA, o qual lançou em órbita múltiplos satélites com desígnio de ultrapassar os limites da

localização. Hoje em dia, são 24 satélites, sendo 12 em cada hemisfério e seis estações para controlar na terra, os quais funcionam como relógios atômicos que permitem ver a localização e hora exata. Os irmãos Ralph e Robert Schwitzgebel em 1964 nos EUA realizaram as primeiras experiências, com a intenção de desenvolver um programa de investigação eletrônica que marcasse em tempo real as condutas humanas. Foi quando em 1970, Ingraham / Smith atenderam que essa vigilância poderia ser uma alternativa a prisão. (Greco, 2017, p. 295)

O juiz Jack Love, do estado do Novo México foi o bandeirante dessa ideia que vem sendo utilizada até hoje em vários países. Ele simplesmente guiou-se em uma publicação de Amazing, Spider-man no ano 77, aonde um imperador do crime prenderá no Homem-Aranha uma pulseira para monitorá-lo pelas ruas. Com isso, o magistrado procurou o colega Mike Gross, que era especialista em eletrônica e informática e pediu para que fizesse uma pulseira para ele. (Greco, 2017, p.296).

Em 1983, após três semanas de usando em si mesmo, o juiz Jack Love teve a ideia de sortear cinco criminosos na cidade de Albuquerque e definiu o uso desse monitoramento eletrônico. Surgia, naquele momento, a *National Incarceration Monitor and Control Services*, empresa que era designada ao controle de seres humanos. (Greco, 2017, p. 296).

O Brasil fez uma análise do uso do equipamento eletrônico em países desenvolvidos e com isso percebeu que seria possível a sua implantação aqui, sendo ele então adentrado formalmente por meio da Lei nº 12.258/10 sendo destinado a presos condenados e também usado como medidas alternativas.

## 1.2 Conceito

O monitoramento eletrônico é usado como alternativa o execução de uma sanção de privação de liberdade, sua natureza é preventiva, o que atribui às penas um caráter retributivo.

Um Modelo disso é quando os pais corrigem seus filhos, não os retirando de seus lares, não os levando para um lugar longe e privados de seus familiares, apenas são colocados em algum lugar na sua própria casa e com restrições de alguns "direitos".

"O castigo, mesmo dentro de casa, funciona. Se retirássemos nossos filhos e os levássemos para um local fora do seu ambiente familiar, isso certamente os traumatizaria". (GRECO, 2017, p. 294).



Segundo Edmundo Oliveira (2007, p. 9/10), o monitoramento eletrônico evita efeitos tenebrosos da dessocialização do encarceramento – principalmente para os primários – e facilita a manutenção dos elos familiares e o exercício de uma atividade profissional.

### 1.3 Previsão legal

A Lei 12.258/2010 consolidou a monitoração eletrônica dos condenados que são beneficiados com saídas temporárias no regime semiaberto (arts. 122 a 125 c/c art. 147-B, II, todos da LEP) e aos que estão sob prisão domiciliar (art. 117, c/c art. 146-B, IV, ambos da LEP).

**Art. 122.** Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

**I** - Visita à família;

**II** - Frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

**III** - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

**Parágrafo único.** A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**Art. 146-B.** O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**I** - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**II - Autorizar a saída temporária no regime semiaberto; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).**

**III** - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**IV - Determinar a prisão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).**

**V** - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**Parágrafo único.** (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**Art. 146-C.** O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**I** - Receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**II** - Abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**III** - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**Parágrafo único.** A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**I** - A regressão do regime; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**II** - A revogação da autorização de saída temporária; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**III** - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**IV** - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**V** - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**VI** - A revogação da prisão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**VII** - advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**Art. 146-D.** A monitoração eletrônica poderá ser revogada: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**I** - Quando se tornar desnecessária ou inadequada; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**II** - Se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

Com efeito, compete ao juiz da Execução ou ao Tribunal a fiscalização por meio do monitoramento eletrônico e sempre deverá ser justificado seu uso. Esse mesmo juízo passará as instruções de como deve ser usada essa medida, apesar de não ter uma previsão em lei de como deverá ser passada tais informações.

A lei 12.403 de 2011 trouxe uma inovação ao artigo 319 do código de processo penal, inserindo a monitoração eletrônica através do inciso IX, passando a ter a possibilidade de usar essa medida antes mesmo do trânsito em julgado, ou seja, uma medida cautelar para que responda a ação penal em liberdade.

#### **1.4 Deveres com a utilização**

Assim que autorizado o uso do equipamento, o preso é informado de seus deveres, os quais estão elencados no art. 146-C da LEP.

**Art. 146-C.** O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**I** - Receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**II** - Abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

Um servidor da Vara de Execução deverá acompanhar a monitoração eletrônica, fiscalizando e orientando o condenado. O benefício somente permanecerá com a condição de que não se viole não se modifique e não danifique o equipamento, seja pelo próprio agente ou qualquer outra pessoa com seu

consentimento. Caso venha ocorrer à violação desse equipamento acidentalmente, deverá o condenado avisar imediatamente a Vara das Execuções Criminais.

### 1.5 A revogação

No caso de violação comprovadas, poderá acarretar consequências ao processo executivo, podendo o juiz determinar a regressão do regime nos casos de maior gravidade. A revogação da autorização de saída temporária nas hipóteses mais brandas. Como exemplo tem-se a possibilidade de o indivíduo não ter sido localizado pelo profissional responsável.

A revogação da prisão domiciliar ocorrerá se forem descumpridas as obrigações em relação ao monitoramento eletrônico e em caso de fuga após violar a regressão de regime.

O art. 146-D da LEP trás as três hipóteses em que haverá a revogação da monitoração eletrônica.

**Art. 146-D.** A monitoração eletrônica poderá ser revogada: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**I** - Quando se tornar desnecessária ou inadequada; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

**II** - Se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

Sempre que ocorrer a revogação será necessária à justificação do juiz da execução, no caso dele ser somente um acusado e não um condenado, pois a previsão legal é aplicável somente para aqueles que têm uma condenação, não se confundindo com as medidas fiscalizatórias destinadas aos investigados ou acusados no curso da investigação policial.

## 2 MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO BRASIL

O descaso do Poder Executivo revela-se no cumprimento da pena no regime aberto, uma vez que a maioria das comarcas não possui estabelecimentos penais adequados, ocorrendo uma agonia aos ideais de uma ressocialização do condenado.

O Estado se utiliza desse meio como forma de monitorar o agente que se encontra em forma diferenciada dos outros, sendo assim, os Estados poderão fazer

suas próprias regulamentações para o uso dessa fiscalização usando como medida cautelar sem traçar parâmetros.

Segundo GRECO (2010, p. 2) "é de acordo que o julgador, quando de sua decisão, deverá analisar o conjunto de situações que o levem a crer que o monitoramento será suficiente para que a pena possa cumprir com suas funções repressivas e preventivas".

Nesse pensamento, os antecedentes criminais, a personalidade do agente a gravidade de sua infração, entre outras coisas são de suma importância para a concessão da monitoração eletrônica, já que se trata de possibilidade de cumprimento de pena extramuros, uma vez que fica claro que Greco acredita no funcionamento pleno dessa medida e que com isso não fere uma dignidade.

Foucault em seu livro *Vigiar e Punir* já afirmava que a prisão "é o grande fracasso da justiça penal" (FOUCAULT, 2000, p. 54). Remetendo, assim, a ideia de que o monitoramento eletrônico por GPS seria uma ótima substituição.

Uma vez que a sanção é um mal necessário, seria válido procurar aquela que seja forte para proteger os bens jurídicos essenciais e que ao mesmo tempo não atinja a dignidade humana. Hulsman em sua obra propõe que a própria sociedade resolva seus conflitos com uma justiça administrativa ou civil. Porém, estamos longe de uma sociedade assim e talvez nunca cheguemos nela.

Em alguns casos pode-se substituir a pena de prisão por medidas cautelares, porquanto o sistema carcerário acarreta um mal desnecessário àqueles que cometeram pequenos delitos ao serem postos com aqueles delinquentes perigosos.

Manoel Pedro Pimentel afirma: "O fracasso da prisão como terapêutica foi constatado, relativamente às penas de curta duração, logo depois de iniciada a prática do encarceramento como pena. É antiga, portanto, a ideia de que o ambiente do cárcere deve ser evitado, sempre que possível, nos casos em que a breve passagem do condenado pela prisão não enseje qualquer trabalho de ressocialização. Por outro lado, essas pequenas condenações não se prestam a servir como prevenção geral, acrescentando-se o inconveniente de afastar o sentenciado do convívio familiar e do trabalho, desorganizando, sem nenhuma vantagem, a sua vida" (PIMENTEL, 1983, p. 163).

### **3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O título II da CF/88 trata dos direitos e garantias fundamentais que conferem direitos subjetivos, possuindo uma relação estreita com o direito à dignidade da pessoa humana.

Esses direitos surgem a partir da necessidade de limitar abusos por parte do poder estatal, protegendo a esfera individual do cidadão.

O direito de liberdade, também conhecido como “direito de defesa” encontra-se na 1ª geração e decorre da ideologia do liberalismo.

### 3.1 Integridade física

A CF/88 em seu art.5º, III, traz de forma expressa a proibição de qualquer violação ou agressão ao corpo humano, proibindo assim a tortura e o tratamento desumano e degradante, ainda no inciso XLVII, traz a proibição de penas cruéis, o inciso XLIX, assegura aos presos o respeito à sua integridade física e moral. Com isso a Constituição tutela a moral do homem, no aspecto individual e social.

Num futuro não distante, trata-se da possibilidade de microchip subcutâneo como medida para localizar e monitorar o agente evitando, assim, a tortura, o tratamento desumano de um sistema prisional e a exposição do condenado. Ao mesmo tempo, possibilitaria acesso a todas as informações do cumprimento da pena, garantindo seus direitos fundamentais e básicos.

O art. 5º, XLIX, L, LXII, LXIII, LXIV, da CF/88, traz os direitos que são assegurados aos presos.

**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:

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - Às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

### **3.2 Monitoramento versus dignidade**

Alguns doutrinadores são contra o uso desse tipo de medida sobre o prisma de que fere a dignidade da pessoa, levando a uma indevida exposição do condenado, fazendo com que toda a sociedade saiba que ele está cumprindo uma pena, atentando assim contra sua dignidade.

Em contra partidas, encontramos aqueles que são favoráveis ao uso desse tipo de medida, mostrando a sua eficácia e segurança.

Nesse sentido Luzón Peña traz que: "tem-se discutido sobre o fato de a vigilância eletrônica ser ou não uma intromissão excessiva e intolerável sobre os direitos fundamentais do condenado ou mesmo do preso provisório, principalmente no que diz respeito à sua dignidade". (LUZON PEÑA, 1994, p. 60).

A visão de GRECO (2017) já é mais humanista e prefere afirmar que entre a prisão, que é um sistema falido, melhor seria o uso de medidas alternativas.

No caso do monitoramento, entendemos que, entre colocar o condenado num sistema falido que, ao invés de ressocializa-lo, fara com que retorne completamente traumatizado ao convívio em sociedade, com toda a certeza, será preferível o seu controle o seu controle pelo Estado em algum local extramuros, previamente determinado. Esse local poderá ser a sua própria residência ou outro qualquer, que viabilize a execução da pena, com seu perfeito controle. (GRECO, 2017, p.303).

Norberto, diz que essa medida não implica na dignidade da pessoa humana.

Em que pese à existência de opiniões contrarias a medida não implica, a nosso ver, qualquer atentado ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois desde que o agente se submeta corretamente às condições do monitoramento, não sofrerá ele restrições maiores do que as decorrentes do uso de



um aparelho eletrônico que pode ficar oculto sob suas roupas. (AVENA, 2017, p.324).

À medida que se assegurar a discricção dos aparelhos a serem utilizados pelos agentes, automaticamente estará assegurando também a dignidade da pessoa humana que prevê o art. 1º, inciso III, da CF/88.

#### **4 VANTAGENS DO MONITORAMENTO ELETRONICO**

As vantagens do uso dessa medida alternativa fora da prisão é que evitaria que o condenado que já carrega o status de delinquente passasse a se pôr como um, com isso ele manteria o vínculo afetivo com sua família e amigos, continuando com seu emprego, ou seja, não ocasionando muito das vezes dificuldades financeiras à sua família, facilitando assim sua ressocialização, pois o mesmo ainda estaria no seio da sociedade, com isso doutrinadores afirmam que o índice de reincidência também seria reduzido.

Segundo Greco essa medida seria usada em delitos específicos, onde realmente possa ser possível a sua substituição e sendo assim, não ferir a dignidade da pessoa, mas apenas uma forma de castigo dado por uma mãe em correção a seu filho.

Para que essa medida alternativa funcione é preciso observar dois princípios, o da necessidade e o da insuficiência da pena, que vem elencado no art. 59 do CP, prevendo que o juiz deve aplicar a pena que for necessária e suficiente.

“Assim, o princípio da necessidade está para a qualidade, assim como o princípio da suficiência está para a quantidade da pena. Os dois, juntos, conjugados, permitirão ao juiz fazer justiça exigida ao caso concreto, com a preservação da dignidade do ser humano” (GRECO, 2017, p. 312).

Maria Lúcia Karam se pronuncia sobre o tema em um artigo que publicou no boletim do Instituto brasileiro de ciências criminais, da seguinte maneira:

Por mais paradoxal que possa parecer o discurso daqueles que são contra a utilização do monitoramento eletrônico por meio de braceletes, pulseiras ou tornozeleiras, é notório que tal prática concretiza a sombria perspectiva do controle total do Estado sobre os indivíduos. Dessa forma, não se pode pensar a questão sob os efeitos do desespero de quem está preventivamente privada de sua liberdade, pois, nessa

condição, qualquer esmola de liberdade dada ao sujeito é uma dívida [...] (KARAM, 2007, p. 5).

Os custos com esses equipamentos em primeiro momento seriam altos, porém com o tempo isso mudaria, pois alcançaria um número significativo de condenados, melhorando as limitações das penitenciárias.

"[...] para abrir vaga no sistema prisional, o Estado brasileiro gasta cerca de 14 mil reais, além de serem necessário em média mil reais mensais para a manutenção da pessoa no cárcere" (Sala das Sessões. Da Justificação apresentada pelo Senador Magno Malta para a implantação do monitoramento eletrônico no regime aberto) (DAMÁSIO, 2005, online).

Num artigo publicado para a revista eletrônica da Fainor (C&D) no ano de 2008, mostra essa necessidade em criar alternativas para o encarceramento e defende o monitoramento eletrônico como uma medida moderna e eficaz.

[...] Com o avanço tecnológico não se justificam mais essas prisões bárbaras, sem o mínimo de segregação entre os presos. É importante buscarmos alternativas mais humanas para o cumprimento de sanções penais, especialmente se considerarmos o altíssimo número de jovens abaixo dos 25 anos e réus primários que se encontram hoje recolhidos no deficiente sistema penitenciário brasileiro. Ao Estado não é mais lícito tapar o sol com a peneira e se olvidar que jovens são arregimentados por facções ou grupos criminosos, justamente porque são obrigados a cumprir pena no mesmo estabelecimento criminal (NADU, 2010, online).

Sendo assim significativa a economia futura, e a melhoria nas condições degradantes do sistema prisional no Brasil, uma maneira eficaz de controle fora dos muros da prisão.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Vale salientar que o monitoramento eletrônico deixará o apenado longe das péssimas condições higiênicas do sistema penitenciário, assim como também evitará que tenham contato com aqueles presos de maior perigosidade, não causando a "contaminação" para uma vida de crimes, principalmente nos casos em que houve uma prisão decretada sem uma condenação.

O coordenador de Elaboração e Consolidação de Ato Normativos do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, Carlos Roberto Mariath, afirma que:

“Não há dúvida que os riscos (reais, iminentes e de toda sorte) que a pessoa corre ingressando em nossas cadeias prematuramente são infinitamente maiores aos que correria estando solto sob vigilância eletrônica, mesmo no caso de ser confundido com um condenado que porventura também estivesse utilizando tal dispositivo” (MARIATH, 2010, p. 3).

Conclui-se que o monitoramento eletrônico já foi testado em outros países mais desenvolvidos, antes do Brasil, havendo grande desempenho no uso dessas medidas de forma segura e eficaz.

A aplicação dessa medida é mais benéfica ao cidadão, e observando os princípios constitucionais, pois não o expõe a nenhuma situação vexatória, uma vez que é usada por baixo das roupas e com isso garante o bem e a segurança do agente, assim como da sociedade em geral.

Essa medida proporciona ao condenado estar livre dos muros da prisão e assim conviver com sua família e amigos, sem ser retirado do seio da sociedade, assegurando assim a sua dignidade.

Uma vez que a pena tem a finalidade de punir e humanizar a pessoa, o monitoramento eletrônico ira humanizar a pena, não punindo assim além da pessoa, pois no momento em que o paciente é retirado do seio familiar, a punição passa a ser deles também, muitas vezes são punidos até no requisito financeiro, por muitas das vezes o condenado ser o único meio de sustento da casa, em outra vez retirando até mesmo da convivência com os filhos, que em vários momentos são sedentos dessa companhia.

Não há uma possibilidade de abolir o sistema prisional, mas necessário se faz encontrar soluções que atinjam o cidadão da menor maneira possível, porém de uma maneira segura e que garanta a sua ressocialização sem que ele precise ser apontado e sem que ele passe pela “escola” da criminalidade.

Aqueles que ainda não condenados e aqueles que cometeram pequenos delitos de menores gravidades não precisam estar entre aqueles mais perigosos.

Esse equipamento é usado aqui no Brasil como medidas cautelares, sabe-se que nenhuma medida isolada é eficaz para a mudança do sistema prisional, mas

precisamos levar em consideração que o condenado em momento algum perdeu sua posição de ser humano, ele não poderá ser julgado duas vezes e nem andar com a espada da justiça sobre sua cabeça, por pior que tenha sido a sua infração ele merece humanização, por se tratar de uma necessidade, não poderá ser deixada de lado.

O Estado é o guardião da sociedade em um todo, e não pode regozijar-se do sofrimento do preso, sendo assim se a pena aplicada é de privação de liberdade, somente esse direito poderá ser limitado, devendo todos os outros direitos serem mantidos e observados de maneira justa e íntegra.

Como diria Bobbio:

“O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (BOBBIO, 2004, p. 25).

São asseguradas as garantias de dignidade, tanto para aqueles que sofreram uma condenação como para aqueles que ainda não, a intimidade e a imagem são garantias subjetivas de trato íntimos de cada pessoa, assemelhando-se a honra objetiva quando a sociedade cria o estereótipo para um indivíduo.

O monitoramento eletrônico uma vez usado em casos específicos não poderá gerar preconceitos perante a sociedade, sendo assim, o condenado que cumprir os requisitos e com isso ganhar seu direito de mudança de regime do fechado para o semiaberto e depois para o aberto, não poderá ter sua imagem e intimidade estereotipada.

No caso de uso como medida cautelar entende-se que fere a dignidade, pois ali estará sendo julgada pelos olhares de uma sociedade, que ao contrário do Estado não pode condenar, então a saída seria o uso mais discreto, em formas que quase não são notáveis aos olhos das pessoas.

## **6 METODOLOGIA**

A metodologia empregada neste artigo foi pesquisas em livros, doutrinas, leis, artigos e sites jurídicos da internet.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Execução Penal**, 4ª ed. ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BOBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília, editora Edipro, tradução Ari Marcelo Solon, 2004.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010**. Altera o **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)**, e a **Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)**, para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm)>. Acesso: out.2019. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso: out.2019.

DAMÁSIO, Celuy Roberta H. Reinserção. In: Revista Espaço Acadêmico, n.53, out. 2005. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI80757,11049-projeto+que+autoriza+pulseira+eletronica+para+presos+esta+na+pauta+da>. Acesso: out.2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2000.

GRECO, Rogério. **Monitoramento eletrônico**. Clube Jurídico do Brasil, 2010. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.32159&hl=no>. Acesso: out.2018.

GRECO, Rogerio. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**, 4ª ed.rev., ampl. e atual. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

KARAM, Maria Lúcia. **Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 14, n. 170, jan. 2007.

LENZA, Pedro, **Direito constitucional esquematizado**, 20ª ed. Rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro, **Legislação especial penal comentada**, 2ª edição. Rev., atual e ampl. Salvador – Bahia: editora JusPODIVM, 2014.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión**. Sevilla: VIII jornadas penitenciarias Andaluzas, junta de Andalucía, Consejería de Gobernación, 1994.

MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico de presos**. Dignidade da pessoa humana em foco. Nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13919>>. Acesso: out.2019.

<<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI80757,11049-projeto+que+autoriza+pulseira+eletronica+para+presos+esta+na+pauta+da>>. Acesso: out. 2019.

NADU, Amilcar. Lei nº 12258/2010. **Monitoramento Eletrônico de Presos**. Alteração na Lei de Execução Penal. Lei nº 12.258/10. Jus Navigandi, 2010. Disponível em: <http://www.direitointegral.com/2010/06/lei-12258-2010-monitoramento-eletronico.html>. Acesso: out.2018.

OLIVEIRA, Edmundo. **Direito penal do futuro – a prisão virtual**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1983.

SOUZA JUNIOR, Luciano de Oliveira. **Direito e tecnologia: uma alternativa ao sistema carcerário nacional**. Ciência & Desenvolvimento –Revista Eletrônica da FAINOR (C&D), 2008.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues, **Curso de direito processual penal**, 7ª ed., rev., atual e ampl. – Editora: Juspodivm – 2012.

NOTA:

[1] Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru – e-mail: [andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br](mailto:andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br)

## A RESCISÃO ANTECIPADA DO CONTRATO DE TRABALHO DESPORTIVO COMO FORMA DE MONETIZAÇÃO DOS CLUBES DE FUTEBOL NO BRASIL

**SARA SANTOS BRÍGLIA:**  
Graduanda do curso de Direito  
da Faculdade Serra do Carmo.

**MURILO BRAZ VIEIRA<sup>[1]</sup>**

(orientador)

**RESUMO:** Direito constitucionalmente garantido, o esporte tem como objetivo, além da prática de atividade física, o desenvolvimento dos jovens em geral, de modo a promover a cidadania, estimular a convivência social e melhorar a qualidade de vida, isto na inteligência do Ministério do Esporte. Porém, no que se refere ao futebol, o esporte perdeu o cunho de lazer e desenvolvimento cultural, tomando a forma de atividade laboral das mais bem remuneradas no País. Nesse prisma, aflora um choque de princípios que imperam sobre as relações trabalhistas, fazendo com que princípios gerais provenientes do direito trabalhista, como da *continuidade*, sejam antagônicos aos princípios específicos do direito desportivo, a exemplo dos princípios da *autonomia* e da *liberdade*.

**Palavras-chave:** Cláusulas contratuais. Cláusula indenizatória. Contrato de trabalho desportivo. Direito desportivo. Rescisão contratual.

### 1. INTRODUÇÃO

É inegável a crescente mercantilização dentro do esporte no País, principalmente no que se refere ao futebol. Dentro do plano nacional, o esporte tem como objetivos, além da prática de atividade física, o desenvolvimento dos jovens em geral, de modo a promover a cidadania, estimular a convivência social e melhorar a qualidade de vida, isto na inteligência do Ministério do Esporte. Porém, um novo mundo dos esportes se amolda, onde vendas como a de Vinicius Júnior podem render 45 milhões de euros a um clube, pelo passe de um garoto de 16 anos.

Nesse prisma, aparentes afrontas aos princípios que regem o direito trabalhista brasileiro salientam-se a cada notícia veiculada na mídia, como o princípio da continuidade do contrato de trabalho, que prega pela ininterrupção do instrumento, pois em tese, todos os contratos dessa natureza deveriam ser por tempo indeterminado, contudo sua aplicação é mitigada no âmbito desportivo trabalhista. Além do que, encontra-se oposições a tal princípio quando aplicados princípios específicos trazidos pelo direito desportivo.



Desta forma, a presente pesquisa teve como objetivos analisar a utilização das cláusulas rescisórias dos contratos desportivos de futebol no Brasil, de modo a saber se estas são utilizadas como forma de cerceamento da liberdade de contratação dos jogadores, bem como monetização do clube detentor do passe do jogador. Nesse contexto, pretendeu ainda, verificar a incidência da norma geral que rege as relações contratuais de trabalho, frente as normas específicas do direito desportivo.

A metodologia utilizada foi a pesquisa de natureza exploratória. Por conseguinte, assumiu a forma de um estudo de casos, possibilitando respostas para as especulações arguidas. Os dados foram coletados e analisados seguindo os procedimentos adotados na *Revisão Bibliográfica*, onde foram identificados os autores que serviram de guia para o estudo deste artigo, bem como teses e outros artigos científicos.

Este artigo está dividido em capítulos. O primeiro deles refere-se aos aspectos históricos dos contratos de trabalho. O segundo conterà as características inerentes a estes, princípios e conceitos especiais. O terceiro abordará as rescisões contratuais desportivas de futebol no Brasil, introduzindo casos concretos analisados separadamente. O último deles trata acerca da hierarquia normativa que envolve o presente estudo. Ao final, as considerações finais trazem um fecho a pesquisa, com as conclusões e resultados extraídos deste estudo.

## **2. ASPECTOS HISTÓRICOS: FORMAS PRIMITIVAS DO TRABALHO DESPORTIVO**

Diferente do que se é comum concluir, a atividade desportiva intitulada hoje como futebol, não surgiu na Inglaterra. Segundo a FIFA[2], o futebol teria surgido a partir de um jogo chamado Tsu-chu, o qual era praticado na China, durante a Dinastia Han, datado entre o segundo e o terceiro século a.C., conforme evidências científicas.

Sofreu reiteradas mudanças ao longo dos séculos, passando de um jogo brutal que tinha como fim a demonstração de virilidade, ao símbolo de espírito de equipe, disciplina e saúde. Com esse escopo desenvolve-se na Inglaterra durante o século XIX. Mas só se profissionaliza, após a contratação de Fergus Suter, pelo clube inglês Darwen F.C, em 1879, a qual acarretou a disseminação e consolidação da prática do futebol mediante remuneração dos jogadores, compelindo a *Football Association (FA)* a aceitar tal conduta (TOBAR, LIMA, 2012). De lá para cá foram criadas, modificadas e crivadas as regras do futebol enquanto esporte e profissão.

## **3. CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS DE TRABALHO NO BRASIL**

O contrato de trabalho marca o vínculo entre o trabalhador e o empregador, e consiste em um:

Negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada (MARANHÃO, 1981 *apud* VEIGA, 2016, p.33)

No Brasil, é disciplinado no Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Tem como características ou propriedade, ser: bilateral, com obrigações para ambas as partes pactuantes; oneroso, prestação do serviço por intermédio de remuneração; intuitu personae, prestado única e exclusivamente pela pessoa que foi contratada para tal; e o trato sucessivo, que traduz o princípio que guiará o presente artigo, quer seja o princípio da continuidade do contrato de trabalho, garantindo a perenidade do contrato, ainda que por tempo determinado.

### 3.1) CONCEITOS ESPECIAIS DO CONTRATO DE TRABALHO DESPORTIVO

Estranho as regras comuns trabalhistas, segundo a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, conhecida como Lei Pelé, o Contrato Especial de Trabalho Desportivo (CETD) possui características próprias, as quais afastam regras contidas na CLT, dentre outras, o tempo de vigência do contrato.

Tal regramento estabelece que o CETD terá vigência por tempo determinado, nos termos do *caput* do art. 30, sempre superior a 3 meses e inferior a 5 anos. Aviltando o trato sucessivo, característico do contrato de trabalho comum. O que se dá em grande parte, na concepção de Sergio Pinto Martins (2016), pela forma peculiar de trabalho, teoricamente evitando a saída de jogadores no decorrer do campeonato. E garante ao atleta a liberdade de contratação, pois "(...) não estará obrigado a permanecer por longo período vinculado ao mesmo clube, salvo se assim o desejar, tendo em vista que poderá celebrar outros contratos de trabalho com o clube (...)". (VEIGA, 2016, pg.34)

Com natureza de negócio jurídico, o CETD vigora com cláusulas de penalidades para caso haja o descumprimento das determinações pactuadas entre as partes. Na inteligência da Lei Pelé, Art. 28, incisos I e II: "Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, *obrigatoriamente*: I - cláusula indenizatória desportiva, devida exclusivamente à entidade de prática desportiva à qual está vinculado o atleta, nas seguintes hipóteses: a) *transferência do atleta para outra entidade*, nacional ou estrangeira, durante a vigência do contrato especial de trabalho desportivo; (...) II

- cláusula compensatória desportiva, devida pela entidade de prática desportiva ao atleta, nas hipóteses dos incisos III a V do § 5º. Os incisos a que se referem o último caso tratam da dissolução do vínculo empregatício, como a rescisão e a dispensa.

Assim, o contrato de trabalho do atleta profissional equivale a um negócio jurídico que disciplina as condições de trabalho como direitos e obrigações pactuados entre o atleta e a entidade contratante. Contendo todas as características inerentes aos contratos comuns de trabalho desportivo, exceto a que se refere ao trato sucessivo, porquanto possua tempo determinado de eficácia.

### **3.1.1) Princípios específicos de direito do trabalho desportivo**

Como já citados nos tópicos anteriores, alguns dos princípios gerais do direito do trabalho têm aplicação mitigada no direito desportivo. Uma vez que o direito desportivo é especializado, por conseguinte possui regras e princípios próprios. Para o presente artigo importa apenas os princípios: da continuidade da relação de emprego, da liberdade e da autonomia.

#### **3.1.1.1) Princípio da continuidade da Relação de Emprego**

Também conhecido como Trato Sucessivo, tem cunho constitucional, previsto no inciso I do Art. 7º[3] e menção na Súmula 212[4] do TST. Pressupõe o prazo indeterminado do contrato de trabalho mantendo a perenidade da relação empregatícia.

Ocorre que nos contratos que regem as relações trabalhistas dos atletas profissionais de futebol esta não é a regra, sendo vedado expressamente pela legislação especial, exceto em casos de renovação contratual.

Com efeito, a permanência do atleta por longo período em um determinado clube de futebol pode fazer com que este jogador deixe de aproveitar oportunidades bem mais vantajosas, como a de celebrar contratos com clubes no exterior, por exemplo. (VEIGA, 2016, pg. 90)

Por conseguinte, a concepção trazida por Veiga entrelaça a vedação ao princípio da continuidade da relação de emprego com o princípio da liberdade de contratação discutido no tópico subsequente.

#### **3.1.1.2) Princípio da Liberdade**

Suporte central da atual Carta Magna, o princípio da Liberdade convencionou os direitos humanos que compõe a chamada primeira geração, também conhecidos

como liberdades negativas, mencionada como uma das formas de classificação dos direitos humanos pelo jurista francês Karel Vasak, em 1979, durante a conferência do Instituto Internacional de Direitos Humanos. (SOUZA, 2017)

No âmbito jurídico desportivo esta liberdade é de certo modo mitigada. Consoante expõe o Art. 28, inciso I da Lei Pelé, as cláusulas indenizatórias são requisitos obrigatórios para que o CETD seja válido. Estas indenizações são devidas em razão da ruptura antecipada do contrato, por iniciativa do jogador. Aparentemente poderia caracterizar-se como forma de limitação ao livre exercício do trabalho. Contudo, as particularidades inerentes ao exercício profissional do atleta de futebol, configura a indenização como meio de garantia das entidades que investem no atleta. (VEIGA, 2016)

Cenário em que:

(...) o trabalhador comum que não desejar mais prestar serviços para seu empregador poderá, a qualquer momento, solicitar a extinção do contrato de trabalho, sem qualquer ônus, razão pela qual a simples existência da cláusula indenizatória desportiva já demonstra uma relativização do princípio da liberdade profissional. (VEIGA, 2016, pg. 92-93).

A exemplo disto, Veiga (2016) cita o caso Leandro Amaral contra o Clube de Regatas Vasco da Gama, ajuizado em 2007 junto ao Tribunal Superior do Trabalho (TST), sob forma de Reclamação Correcional, PP 191434/2008-000-00-00.0, respondida pelo então Corregedor-Geral, Ministro João Oreste Dalazen, *in verbis*:

(...) É certo que, em última análise, todo esse panorama advém da cláusula inscrita no segundo contrato de trabalho, firmado pelo Requerente, em que explicitamente contempla a possibilidade de renovação unilateral do contrato, promovida pelo Club de Regatas Vasco da Gama e, inclusive, prevê duração e salários. Entretanto, a pretendida declaração de nulidade do contrato CBF nº 625.872, estabelecido entre o Requerente e o Club de Regatas Vasco da Gama, bem como a restauração dos efeitos de contrato de trabalho firmado com a agremiação Fluminense Football Club, sob o nº CBF 597.313, traduzem questões de cunho essencialmente jurídico, cujo exame refoge à atuação administrativa da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. Ademais, não se trata de assegurar, ou não, ao Requerente, o direito ao trabalho, sagrado e

constitucional. Tal direito está plenamente garantido junto ao Club de Regatas Vasco da Gama. Aliás, por um salário nada desprezível de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) mensais. Está claro que o Requerente não é obrigado a prestar labor a uma agremiação desportiva com a qual se incompatibilizou, virtualmente, ou que, por qualquer motivo, não consulte mais aos seus interesses. Nesse caso, é-lhe lícito rescindir o contrato renovado, desde que suporte a respectiva cláusula penal, que, até como imperativo ético, é válida para ambos os contratantes, não apenas para a agremiação desportiva. Não se descortina, pois, um quadro de irremediável comprometimento ao livre exercício de trabalho, ou de profissão. De resto, do quanto se expôs e no que interessa aqui também não transparece desídia das instâncias ordinárias na apreciação dos inúmeros remédios processuais de que se valeu o Requerente. (...) (DALAZEN,2007 *aput* VEIGA,2016, pg.93)

Muito embora o caso não tenha tido o mérito julgado, ficou evidente a defesa do equilíbrio entre o princípio constitucional do livre exercício da profissão e o princípio da *pact sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos. Razão pela qual o Ministro afirma a não obrigatoriedade da permanência do jogador no clube, desde que este pudesse arcar com os valores referentes a cláusula penal que consta do CETD. Nesse sentido:

A essência da cláusula indenizatória desportiva reside na restrição do atleta de migrar de um clube para outro, de forma unilateral e antes do término da vigência do contrato de trabalho, sem qualquer motivo que justifique tal ato. O aspecto financeiro é apenas o modo de implementar a restrição e não, em absoluto, sua finalidade última. (VEIGA, 2016, pg. 95)

Destarte, nota-se que o princípio da liberdade, assim como seu antecessor, tem aplicação mitigada no âmbito do direito desportivo, em função de sua especificidade.

### 3.1.1.3) Princípio da Autonomia

Enumerados na Lei nº 9.615/1998, Art. 2º, incisos I ao XII, estão os princípios do direito desportivo nacional. Dentre os incisos citados – inciso II –, bem como na Lei Maior, Art. 217, inciso I, encontra-se o princípio da autonomia.

A lei especial define tal princípio como a liberdade das pessoas físicas e jurídicas de organizarem-se para a prática desportiva. Na inteligência do ministro Celso de Mello, quando em discussão a ADIN n.º 3.045:

(...) as entidades autônomas como as organizações desportivas, qualificam-se como instituições juridicamente subordinadas às normas estruturantes editadas pelo Estado (...) portanto, (...) às entidades privadas em geral, cuja autonomia – por supor o exercício de determinada prerrogativa nos precisos limites traçados pelo ordenamento estatal – permite-lhes agir com relativo grau de liberdade decisória, sem que se veja, em tal comportamento estatal, qualquer ofensa ao princípio fundado no art. 217, I da Constituição da República. (ADI Nº 3.045-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJ 10/08/2005)

Álvaro Melo Filho *apud* Maurício Veiga (2019, p. 21) acrescenta que a autonomia desportiva inerente ao desporto em si e, por conseguinte, a entidade associativa tem autonomia para estabelecer seus próprios regulamentos e normas, desde que guardada a devida observância as áreas destinadas a ordem e segurança pública. Sendo não apenas possível, como plena a possibilidade de coexistência entre a autonomia desportiva e o ordenamento jurídico imposto pelo Estado, constituindo-se numa interação harmônica e inarredável.

Nesse sentido, as entidades associativas desportivas coabitam com as normas estruturantes pré-estabelecidas pelo Estado, de tal modo que as observam e incorporam-se a elas.

#### **4. RESCISÕES CONTRATUAIS DESPORTIVAS: CLÁUSULA INDENIZATÓRIA**

O CETD, assim como os demais contratos de trabalho, pode ser rescindido por ambas as partes pactuantes, quer seja o empregado – neste caso o atleta profissional de futebol –, quer seja o empregador – clube ou entidade contratante –, segundo descreve a Lei nº 9.615/1998, nos Arts. 28 e 31, respectivamente:

“Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente:

I - **cláusula indenizatória desportiva**, devida exclusivamente à entidade de prática desportiva à qual está vinculado o atleta, nas seguintes hipóteses:



a) transferência do atleta para outra entidade, nacional ou estrangeira, durante a vigência do contrato especial de trabalho desportivo; ou

b) por ocasião do retorno do atleta às atividades profissionais em outra entidade de prática desportiva, no prazo de até 30 (trinta) meses; e

II - cláusula compensatória desportiva, devida pela entidade de prática desportiva ao atleta, nas hipóteses dos incisos III a V do § 5º.

(...)

Art. 31. A entidade de prática desportiva empregadora que estiver com pagamento de salário ou de contrato de direito de imagem de atleta profissional em atraso, no todo ou em parte, por período igual ou superior a três meses, terá o contrato especial de trabalho desportivo daquele atleta rescindido, ficando o atleta livre para transferir-se para qualquer outra entidade de prática desportiva de mesma modalidade, nacional ou internacional, e exigir a **cláusula compensatória desportiva e os haveres devidos.** – grifo meu

Com a possibilidade de rescisão a qualquer tempo atrelada a extinção do instituto do passe[5], em virtude das alterações legislativas sofridas pela Lei Pelé em março de 2011, com o advento da Lei nº 12.395/2011, surgem as chamadas cláusulas indenizatórias, que tal qual Veiga (2016), relativizou o vínculo de emprego desportivo e garantiu uma compensação ao empregador pelos investimentos feitos na construção do atleta.

Ademais, a responsabilidade pelo pagamento da indenização é solidária, podendo ser atendida pela entidade que pretende contratar o atleta ou por ele próprio, sendo mais comum ocorrer o primeiro caso. E nessa conjuntura, a lei remonta, com novos ares, o extinto instituto do passe.

Apesar da expressa previsão da cláusula penal na lei especial como sendo a quantia devida única e exclusivamente pelo atleta ao empregador, a jurisprudência a este respeito são as mais diversas.

Segundo Ministro do TST, Horácio Raymundo de Senna Pires, no bojo dos autos TST-ED-RR-1121/2002-007-04-40.6, a aplicação da cláusula penal como forma



de proteção contra transferências repentinas, se dá não só para a entidade contratante, como também para o atleta, sendo devida em razão da rescisão unilateral, independentemente de quem tenha partido a iniciativa desta. *In verbis*:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CLÁUSULA PENAL ESTABELECIDADA PELO ARTIGO 28 DA LEI Nº 9.615/98. GARANTIA CONTRA RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO DESTINADA APENAS AO EMPREGADOR. IMPROCEDÊNCIA.

Não há no artigo 28 da Lei nº 9.615/98 nenhum elemento que permita a conclusão de que a cláusula penal por ele estipulada o foi em favor apenas dos clubes, como alega o Reclamado \*concessa maxima venia\*. Realmente, não obstante a \*mens legis\* da Lei Pelé, ao criar a figura da cláusula penal acima referida, tenha sido a concessão aos clubes de futebol de uma proteção mínima contra transferências de atletas após a extinção do passe, previsto pelo artigo 11 da Lei nº 6.354/76, não há motivo juridicamente relevante para pretender-se restringir essa garantia apenas aos clubes, dela excluindo os atletas. A exigência do caput do artigo 28 da Lei nº 9.615/98 de celebração de contrato formal de trabalho já evidencia a igualdade jurídica das partes reconhecida pelo legislador, pois a isonomia é a regra geral dos contratos, sendo admitidas exceções apenas quando expressamente previstas em lei. Por outro lado, a parte final do caput daquele artigo estabelece a necessidade da cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral, sem fazer alusão a uma suposta restrição da iniciativa daqueles atos a apenas uma das partes contratantes. Logo, por força do princípio hermenêutico segundo o qual não é lícito ao intérprete fazer distinções onde a norma interpretada não o fez, inequívoca a conclusão de que o Reclamante faz jus à cláusula penal em comento, pois houve rescisão unilateral do contrato de trabalho. Reforça ainda esse raciocínio a previsão contida no artigo 33 da Lei em análise, segundo o qual cabe à entidade nacional de administração do desporto que registrar o contrato de trabalho profissional fornecer a condição de jogo para as entidades de prática desportiva, mediante a prova de notificação do pedido de rescisão unilateral firmado pelo atleta ou documento do empregador no mesmo sentido, desde que

acompanhado da prova de pagamento da cláusula penal nos termos do art. 28 desta Lei (grifos nossos). Embargos de declaração parcialmente acolhidos para sanar omissão, sem efeito modificativo, e para corrigir erro material'

(TST-ED-RR-1121/2002-007-04-40.6, 2ª Turma, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DJ 18/08/2006).

Em continuidade ao que preceitua o Art. 28 da Lei 9.615/1998, o §1º estabelece o valor máximo da cláusula penal como até 2.000 vezes o valor médio do salário contratual para as transferências nacionais e sem qualquer limitação para as transferências internacionais, o qual deve constar expressamente no CETD.

Os valores astronômicos se justificam, para Veiga (2016), pelo fato dos clubes brasileiros, embora estejam em um especial momento econômico, não conseguirem competir em alto nível com as propostas internacionais. A exemplo disto, tem-se a contratação do ex-jogador Darío Leonardo Conca, em 2011, pelo clube chinês Guangzouh. A época Conca jogava pelo Fluminense Football Club e a transação para o Guangzouh redeu a ele 60 milhões em salários pelo período de 2 anos.

Por esse ângulo, a cláusula não só resguarda a entidade por todo o investimento feito no atleta, como também capitaliza o clube para a realização de investimentos outros, uma vez que não estabelece "teto" para as contratações internacionais, devendo se observar tão somente a proporcionalidade e razoabilidade pautados nos padrões internacionais estabelecidos pela FIFA. (VEIGA, 2016)

Logo, a cláusula penal prevista no instrumento de contrato especial desportivo, surge com fito a resguardar a entidade associativa contra rescisões arbitrárias por parte dos jogadores, garantindo que haja um retorno do dinheiro investido na formação e aperfeiçoamento do atleta, já que essas não são abastadas o suficiente quando comparadas as entidades internacionais.

## **5. DAS NORMAS GERAIS E ESPECÍFICAS QUE REGEM AS RESCISÕES DOS CONTRATOS TRABALHISTAS**

Em discrepância ao observado acerca das rescisões contratuais no direito desportivo, na seara trabalhista comum o fim das relações de emprego normalmente pressupõe vantagem pecuniária ao empregado, não ao empregador.

Como dito em tópicos anteriores, a perenidade na relação de emprego no direito trabalhista em geral é a regra, razão pela qual o fim dessa relação ocorre de

forma normal, quando o objeto do contrato cumpre seu propósito, e excepcionalmente quando for impelido a cessação, por meio da rescisão, da resolução ou da rescisão. (MARTINEZ,2016)

A rescisão acontece quando qualquer dos sujeitos da relação contratual, empregador ou empregado, conjunta ou unilateralmente, opta pelo fim do acordo. Também podendo ocorrer conjuntamente, a resolução ocorre por inexecução faltosa. Quando ocorrer por culpa exclusiva do empregado, ao praticar qualquer das condutas descritas no Art.482 da CLT, ou por culpa exclusiva do empregador, conforme Art. 483 do mesmo normativo, considera-se dissolvido o contrato de trabalho por justa causa. E quando ocorrer qualquer das circunstâncias previstas nos artigos anteriormente citados concomitantemente, diz-se que ocorreu culpa recíproca. Por fim, a rescisão consiste na forma de dissolução contratual excepcional por meio da qual o contrato tem um fim por ocasião de um vício insanável, que acarreta nulidade absoluta sobre o instrumento de contrato. (MARTINEZ,2016)

Nesse contexto, o direito trabalhista apresenta diversos finais possíveis para as relações de emprego, toda via, essa divisão entre as formas excepcionais de dissolução contratual, só importará para a contagem do montante devido a título de verbas rescisórias, haja visto que cada hipótese abarca um rol diferente dessas.

As verbas rescisórias se referem aos valores justos devidos ao empregado, tais como: saldo de salário, se houver; férias proporcionais – Art. 147, da CLT, acrescido de 1/3 constitucional – Art. 7º, inciso XVII, CF/88; Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), que pode ser retirado ou não pelo empregado, a depender da modalidade de dissolução contratual – nos moldes da Lei 8.036/1990; aviso prévio, que pode ser trabalhado ou indenizado – Art. 487, da CLT; décimo terceiro salário – Art.3º, da Lei 4.090/1962; e ainda, demais adicionais devidos legalmente, como adicional noturno – Art. 7º, inciso IX. (MARTINEZ,2016)

Com exceção ao aviso prévio, o alcance trabalhista desportivo equipara-se ao trabalhista comum, uma vez que abarca todos os direitos supramencionados ao tempo da dissolução do CETD.

Como referenciado em tópicos anteriores, a cláusula indenizatória, requisito obrigatório dos CETDs, tem como finalidade proteger a relação de emprego contra saídas arbitrárias dos jogadores, garantindo a entidade associativa o investimento feito no atleta. Nesse contexto, é racional deduzir a desnecessidade do instituto do aviso prévio neste meio, tendo em vista que as cláusulas referenciadas cumprem seu fim. Muito embora possam ser devidas aos jogadores em razão de despesa

arbitrária, como visto no item 4, a jurisprudência ainda oscila a esse respeito, não resguardando segurança jurídica ao jogador, tão somente ao clube.

Contudo, a CLT também traz previsão para o contrato por tempo determinado (Art.443), que se traduz em uma exceção ao princípio da continuidade da relação de emprego, onde a vigência do instrumento tem tempo certo para acabar de acordo com os casos previstos em lei, dentre os quais encontra-se o contrato de trabalho do atleta profissional. (ROMAR, 2014) Distingue-se dos contratos sem prazo determinado por possuírem regras rígidas quanto a continuidade e prorrogação, por conseguinte produzem efeitos diferentes dos supracitados em caso de rompimento.

Podem possuir termo certo ou incerto. Neste o tempo de vigência não é sabido, tendo certeza apenas de seu fim quando resolutos os motivos transitórios que o ensejaram, como por exemplo, com o fim da temporada de praias, enquanto naquele há data pré-determinada para o término. (ROMAR, 2014)

Consoante disciplina a o §2º, do Art. 443, da CLT, o contrato de trabalho por tempo determinado só terá validade em três hipóteses, quando versarem sobre: serviços de natureza temporária, que justifique a predeterminação do prazo; atividade empresariais de caráter transitório; ou contrato de experiência.

Os prazos desses contratos variam de acordo com a modalidade que se enquadrem. Segundo a CLT (Art. 445), os contratos por prazo determinado que tratem de serviços de natureza transitória, bem como os que tratem de atividades empresariais de caráter transitório terão prazo máximo de duração de 2 (dois) anos. Enquanto os contratos de experiência terão prazo de 90 (noventa) dias. Diferindo-se dos CETDs, que como já visto, tem prazo de vigência entre 3 meses e 5 anos, nos termos do Art. 30 da Lei Pelé.

No que diz respeito a rescisão do contrato por tempo determinado que consta da CLT, tem-se que, além das causas de culpa recíproca e justa causa, esta pode partir do empregador ou do empregado. Quando não houver cláusula assecuratória, aplicar-se-á o que dispõem os Arts. 479 e 480 da CLT, respectivamente. Concedendo, no caso de rescisão por parte do empregador, além das verbas rescisórias, uma indenização equivalente a metade dos salários que ainda seriam devidos até o fim do contrato. Caso a decisão pelo término parta do empregado, este ainda fará jus as verbas rescisórias cabíveis, contudo, terá que indenizar o empregador pelo prejuízo advindo da antecipação do término da relação de emprego, não podendo ultrapassar o valor que seria devido ao empregado caso a iniciativa tivesse partido do empregador. O contrato previa cláusula assecuratória, onde as partes

salvaguardaram o direito de rescindir o contrato a qualquer tempo, seguirá as regras descritas na CLT para os contratos por tempo determinado (Art.481). (ROMAR, 2014)

Por ser uma das hipóteses de contrato por tempo determinado, o CETD também dispõe de indenização em caso de rescisão antecipada, como visto em itens anteriores. Entretanto, diferencia-se no montante devido, não leva em consideração os salários que ainda seriam devidos ao atleta até o fim da vigência do instrumento em questão, mas tem seu valor pré-fixado no instrumento, com limite até 2.000 vezes o valor médio do salário, para transferências nacionais, e ilimitadamente, para transferências internacionais, na inteligência do §1º, do Art. 28 da Lei Pelé.

O que legitima a possibilidade por parte da legislação especial em fazer diferenciações desse tipo, é o princípio da especialidade ou *lex specialis derogat legi generali*, previsto no §2º, do Art. 2º, do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro). Este princípio prega a predominância da lei especial sobre a lei geral que discorram acerca da mesma matéria. Nesse sentido, a Lei Pelé, que trata especificamente sobre desporto e, por conseguinte, das relações dele decorrente, predomina sobre as normas constantes da CLT, que tratam de modo generalizado das relações empregatícias.

Diante disso, as rescisões contratuais desportivas podem ser equiparadas as rescisões comuns. Contudo, o instrumento contratual desportivo deve conter obrigatoriamente cláusulas indenizatórias, para caso tenha um fim antes do término de sua vigência. Essas são diferentes daquelas previstas para o instrumento de contrato comum, que tem como limite o valor restante de salários que seriam contemplados pelo empregado caso o contrato vigorasse até o fim. Nos CETDs, o valor da cláusula é expressivamente maior, tendo em vista as peculiaridades inerentes ao exercício profissional do atleta, afastando alguns preceitos constantes da CLT, em virtude do princípio da especialidade.

Assim, quando aplicado o princípio da especialidade e, por conseguinte, as normas de direito desportivo trabalhista aos atletas profissionais de futebol, ainda que a luz dos princípios trabalhistas, estão em desvantagem frente a entidade associativa, enquanto no papel de empregador.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo explorou rescisões contratuais desportivas, analisou a utilização das cláusulas rescisórias como forma de cerceamento da contratação e monetização dos clubes de futebol no Brasil. E averiguou a incidência da norma geral que regem as relações contratuais, frente as normas específicas do direito desportivo.

Tendo em vista os aspectos observados é possível inferir que os contratos especiais de trabalho desportivo (CETD) detêm características diferenciadas devido a sua natureza peculiar e previsão em norma especial (Lei nº 9.615/1998).

As cláusulas penais, requisitos obrigatórios, são formas garantidoras do investimento feito no atleta, proporcionando segurança ao clube contra saídas inesperadas. Contudo, seus altos valores, justificados pela impossibilidade dos clubes brasileiros em competir com os clubes internacionais nas ofertas de contratação aos jogadores, acabam por limitar a liberdade de contratação, bem como tornar lucrativo as rescisões antecipadas, uma vez que os valores colossais ficam a cargo do atleta ou da entidade que deseja adquiri-lo.

Assim, embora o princípio da especialidade impere sobre as relações contratuais desportivas, afastando a incidência das normas gerais sobre os contratos especiais de trabalho desportivo, é evidente que as normas emanadas pela CLT seriam mais favoráveis ao atleta. Logo, o afastamento das normas gerais em detrimento das específicas, coloca as entidades associativas (empregador) em posição de vantagem em relação aos atletas (empregado).

## REFERÊNCIAS

APOLINÁRIO, F. **Dicionário de metodologia científica**: um guia para a produção do conhecimento. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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

BRASIL, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm)>. Acesso em: 27/03/2020.

BRASIL. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19615consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm)>. Acesso em: 14/04/2020.

BRASIL. Lei nº 6.354, de 2 de setembro de 1976. Dispõe sobre as relações de trabalho do atleta profissional de futebol e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6354.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6354.htm)>. Acesso em: 04/05/2020.



BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm) >. Acesso em: 18/05/2020.

BRASIL. Ministério da Cidadania. Secretaria Especial do Esporte. Disponível em: <<http://www.esporte.gov.br/>>. Acesso em: 18/08/2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos de Declaração. Cláusula Penal estabelecida pelo artigo 28 da Lei nº 9.615/98. Garantia contra rescisão unilateral do contrato destinada apenas ao empregador. Improcedência. Disponível em: < <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1272610/embargos-declaratorios-recurso-de-revista-e-ed-rr-552008220025010029-55200-8220025010029/inteiro-teor-9718232?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 25/03/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Novo Código Civil (2002), art. 59. A questão da autonomia dos entes de direito privado, inclusive das entidades desportivas, e o poder de regulação normativa do estado. O postulado constitucional da liberdade de associação. A evolução dessa liberdade de ação coletiva no constitucionalismo brasileiro. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.045-1. Distrito Federal, 2005. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=461974> >. Acesso em: 25/03/2020.

Fédération Internationale de Football Association. **History of Football – The Origins**. FIFA.COM. Disponível em: <<http://static.fifa.com/about-fifa/who-we-are/the-game/index.html>>. Acesso em: 25/03/2020.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEITE, C. H. B. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINEZ, L. **Curso de direito do trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7ª Ed. São paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, S. P. **Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NASCIMENTO, A. M. **Iniciação ao direito do trabalho**. 26ª Ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROMAR, C. T. M. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



SOUZA, I. **Direitos humanos: conheça as três gerações!**, 2017. Disponível em: < <https://www.politize.com.br/tres-geracoes-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 18/05/2020.

TOBAR, F. B.- LIMA, Fernando de. **A autonomia do Direito Desportivo**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 25/03/2020.

VEIGA, M. de F. C. da. **Manual de direito do trabalho desportivo**. São Paulo: LTr,2016.

NOTAS:

[1] Professor de Direito do Trabalho e Ética do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo, em Palmas – TO.

[2] Fédération Internationale de Football Association. History of Football – The Origins. FIFA.COM. Disponível em: <<http://static.fifa.com/about-fifa/who-we-are/the-game/index.html>>. Acesso em: 25/03/2020.

[3] “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;(...)”

[4] Súmula 212 do TST - O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

[5] Regido pela Lei nº 6.354/1976, revogada pela Lei nº 12.395/2011, consistia na “importância devida por um empregador a outro, pela cessão do atleta durante a vigência do contrato ou depois de seu término”.

## **ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR ENTRE DIREITO E PSICOLOGIA SOBRE OS DANOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL E A GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE APLACAR A VIOLÊNCIA EMOCIONAL**

**GABRIELA ALVES COSTA:** Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA.

**GABRIEL SILVEIRA DOS SANTOS NETO** <sup>[1]</sup>  
(coautor)  
**SAMILA MARQUES LEÃO** <sup>[2]</sup>  
(orientadora)

**RESUMO[3]:** A alienação parental está presente em muitas famílias e, em especial, aparece durante as lides pela guarda do menor e em razão dos ressentimentos ainda presentes pelo término da sociedade conjugal. Esta pesquisa foi desenvolvida tendo por objeto principal o estudo dos danos psicológicos causados pela prática da alienação parental na criança ou no adolescente e o papel benéfico da guarda compartilhada na função de garantir o direito à convivência familiar e de evitar as consequências danosas da violência emocional contra o menor.

**Palavras-chave:** Alienação parental. Família. Direito. Psicologia. Guarda.

**ABSTRACT:** The parental alienation is present in many families and in particular, it appears during the children custody battle and due to the resentments still present at the end of the conjugal society. This research was developed with the main objective of studying the psychological damage caused by the practice of parental alienation in children or teenagers and the beneficial role of shared custody in ensuring the right to family cohabitation and avoiding the harmful consequences of emotional violence against the minor.

**Key-words:** Parental alienation. Family. Law. Psychology. Custody.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução - 2 A alienação parental: 2.1 A necessidade da LAP na legislação brasileira. 2.2 Principais aspectos da Lei nº 12.318/2010. 3 Princípios norteadores do direito de família e do ECA amoldados à alienação parental: 3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana. 3.2 Princípio da afetividade. 3.3 Princípio da solidariedade familiar. 3.4 Princípio da prioridade absoluta e princípio do melhor interesse. 3.5 Direito à convivência familiar. 4 Os danos causados aos menores expostos à alienação parental. 5 A guarda compartilhada como forma de solucionar a alienação parental. 6 Considerações finais. Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

Em meados dos anos 1980, o psiquiatra norte-americano Richard Gardner desenvolveu os estudos acerca da síndrome da alienação parental (SAP), tratando-a como um distúrbio que se manifesta na infância e tem como consequência danos psicológicos que vão de leve a severo.

Seu estudo demonstrou que o ponto de partida da SAP estava relacionado às condutas de desqualificação que o genitor possuidor da guarda praticava no intuito de afastar e causar rejeição da prole em face do genitor alienado.

Em virtude da visão proporcionada por Gardner (1985) sobre a SAP, a legislação brasileira, por meio da lei n. 12.318/2010, passou a disciplinar a alienação parental, adequando-a aos princípios de direito da criança e do adolescente, visando assegurar os direitos fundamentais dos menores expostos a esta violência emocional, por meio de sanções impostas aos pais.

Faz-se importante que os pais percebam que no intuito de atingir o ex-cônjuge, o menor poderá absorver toda a carga de ódio do alienador e poderá desenvolver diversos problemas psicológicos irreversíveis por não compreender que está sendo utilizado pelo genitor como instrumento de vingança.

O presente estudo tem sua relevância voltada à alienação parental como forma de violência direcionada à criança ou ao adolescente. Tal pesquisa se faz necessária diante do grande número de menores que são privados diariamente ao direito à convivência familiar, à afetividade e aos cuidados que derivam do poder familiar, impedindo-os de receber tanto a assistência material quanto a assistência imaterial de seu genitor. Esse descaso afasta o menor de seu pai ou mãe, impedindo a manutenção dos laços afetivos e privando-o de crescer de forma digna e saudável, em um lar e com convivências equilibradas.

A guarda compartilhada vem com o intuito de frear a alienação parental e amenizar os danos decorrentes da sua prática, proporcionando ao menor a efetiva convivência com os seus entes familiares.

## **2. A ALIENAÇÃO PARENTAL**

O ato de alienação parental encontra-se bastante presente nas famílias em situação de separação, divórcio ou dissolução de união estável. Cumpre ressaltar que é uma prática que estimula negativamente a criança ou o adolescente a adquirir ojeriza, medo ou rejeição a um dos pais em detrimento do outro. O ressentimento diante do término do matrimônio pode provocar no ex-cônjuge o desejo de atingir

o outro, penitenciando-o por meio dos filhos, induzindo o menor ao descrédito e difamando o genitor para que a prole não lhe mantenha mais nenhum apreço e afaste seus laços afetivos.

A concepção de alienação parental pode ser encontrada no art. 2º da Lei 12.318/2010, que dispõe:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

Desta forma, cumpre informar que a alienação parental não será intrínseca aos pais, podendo ser praticada também por avós e por pessoas que tenham o menor sob a sua autoridade e até mesmo por seus irmãos, objetivando a degradação da imagem do pai ou da mãe do incapaz ou impedindo o direito de visitas. Não exclusivamente após o término do casamento, mas a alienação pode ocorrer ainda na sua constância, induzida pelos tios e demais pessoas citadas no art. 2º da LAP, trazendo à criança ou ao adolescente uma concepção, por meio da reprogramação de suas memórias, que antes não existia sobre o genitor alienado, na qual o menor passa a temer ou desvalorizar a efígie do genitor.

Ocorre que no ambiente materno prevalece esse tipo de alienação, pois culturalmente as mães ficavam responsáveis por zelar pelo crescimento da criança e por sua saúde, bem como agiam como protetoras da prole e mantinham mais apego a ela, além de que não raramente em situações de separação a criança costumava ficar junto à mãe. Porém com o advento da Constituição Federal de 1988 e a observância de princípios do direito de família, como o da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, é evidente a paridade para exercer seus direitos tanto na vida em sociedade como no âmbito do vínculo conjugal. Aduz Gonçalves, em face do que preceitua o art. 226, § 5º, da Constituição Federal, que:

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e

referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social. (2012, p. 59).

O que se pode observar a partir do supracitado é que o papel do homem e da mulher no campo familiar e social não resta engessado se comparado ao passado, ambos tornaram-se sujeitos dos direitos que emanam da sociedade conjugal. A autoridade marital, bem como o homem no centro das relações familiares perdurou por muito tempo, sendo inclusive no código civil de 1916 a figura do marido como chefe da sociedade conjugal, não sobrando à mulher autonomia para a tomada de decisões familiares, nesse sentido, conforme o entendimento de Azevedo (2001 apud MALUF, 2018), o privilégio da educação e a participação da mulher frente à política não se fazia presente, seus deveres eram inerentes ao lar e a seus afazeres, bem como à procriação.

Essa concepção naturalizada do papel submisso da mulher em relação ao homem nos vínculos familiares reitera, com impactos atuais, a cultura da mulher como ser reprodutor e dotado de maternidade. E apesar do atual papel igualitário dos cônjuges dentro do casamento, há na sociedade um arraigado fortalecimento cultural da prole como propriedade da mãe, pois segundo Maluf (2018), na vigência do código civil de 1916, esta já possuía posição privilegiada de ter consigo os filhos mesmo que ambos os cônjuges tenham sido culpados pelo desquite. Para ilustrar tal fala, tomamos como exemplo instituto da guarda unilateral, onde muitas vezes o detentor é o genitor do sexo feminino.

Consoante Maluf (2018), devido à trajetória jurídica da mulher para quebrar os estigmas e as amarras da submissão ao homem foi que se deu a sua igualdade formal, modificando dessa forma a própria organização familiar.

Dessa forma, o desequilíbrio de tratamento em função do gênero perante a direção da família não mais se admite na sociedade brasileira atual, tendo homem e mulher a liberdade tanto para prover como para cuidar da família da forma mais ajustada possível, ambos possuindo poder familiar e competência para os cuidados com os filhos. Assim, não só a mãe, mas o pai também deve zelar pelos filhos de forma igualitária, resguardando os seus direitos e garantindo que a criança ou o adolescente não sofra qualquer tipo de violência no seio familiar.

Não raro, os cônjuges se divorciam por motivos que podem ser diversos, porém há que se ter em mente que além de cônjuges estas pessoas também possuem a qualidade de pais que têm direitos e deveres sob a pessoa do filho, não devendo confundir a dissolução matrimonial com destituição da guarda e do poder familiar, bem como o rompimento de laços afetivos com a prole, impedindo que o menor

desfrute da companhia de seus familiares e que tenha acesso ao direito de convivência familiar.

Especificamente quanto ao genitor alienador, explica Galdino (2012) que, este costuma ser vitimista e possuir baixa autoestima, mas também pode ser calculista ao aplicar diversos métodos de alienação, criando mentiras e manipulando acontecimentos reais ou não em sua função para que seja reconhecido como melhor companhia para a criança do que o outro genitor alienado.

Para Galdino (2012), o comportamento do alienador é inescrupuloso, ele pode ser superprotetor com o filho impedindo-o de visitar o outro genitor mediante toda e qualquer forma possível de empecilho, e geralmente apresenta uma nova pessoa, com quem está mantendo relacionamento afetivo, indicando-o como melhor pai ou mãe para o infante ou jovem. Muitos pais alienadores chegam a mudar de endereço sem comunicar à mãe ou pai da criança, não informam o rendimento escolar, e o estado de saúde dos filhos, impõe obstáculos a qualquer tipo ou tentativa de socialização com o progenitor.

Ainda consoante o entendimento de Galdino (2012), a alienação parental fere tanto o direito da criança como do genitor alienado, apedrejando a dignidade humana de ambos, podendo causar inúmeros tipos de adoecimentos psíquicos.

## **2.1 A necessidade da LAP na legislação brasileira**

Os estudos acerca da síndrome alienação parental foram desenvolvidos por meio de observação feita pelo psiquiatra Richard Gardner em meados da década de 1980. Gardner (1985) observou que muitas crianças alvo de ações de guarda nos tribunais apresentavam condutas típicas do que hoje conhecemos como síndrome da alienação parental. As crianças ou adolescentes observados apresentavam alto grau de rejeição aos pais que não mantinham a sua guarda.

O que chamou atenção para o estudo do psiquiatra foi o fato de que antes não havia a presença desses sinais de rejeição quando os pais ainda mantinham a vida conjugal. O psiquiatra ainda afirma que a nomenclatura utilizada nos tribunais era um tanto vaga, pois Alienação parental seria qualquer ato de abuso praticado pelos genitores. A sua noção é a de que na verdade a síndrome da alienação parental é o termo correto a se utilizar, no entanto, entendemos que a SAP é um subtipo da AP que se desenvolve mediante as intensas e reiteradas difamações ao genitor alienado perante a criança.

Com a percepção provocada a partir da teoria sobre a SAP pelo psiquiatra estadunidense, viu-se a necessidade de disciplinar a alienação parental no âmbito do



direito brasileiro como uma conduta grave de violência emocional praticada em especial contra o menor, mas com o fito de atingir o ex-cônjuge. Através do projeto de Lei 4053/08 que modificou o art. 236 da Lei no 8.069/90, os atos de alienação parental passaram a ser regulamentados pela Lei nº 12.318/10, trazendo um rol exemplificativo das condutas que importam em alienação parental, deixando margem para que o juiz aplique multas e inversão da guarda caso detecte qualquer ato que implique em alienação parental. Atitude acertada que foi, pois possibilita ao juiz intervir na maneira como o menor está sendo tratado dentro da família, para que não seja usado como ferramenta para vendeta de seus genitores, e resguardando o seu direito de convivência com ambos os pais. Além disso, a lei impede que haja avanços das condutas difamatórias e busca evitar as consequências da síndrome da alienação parental ainda na fase de início.

## **2.2 Principais aspectos da Lei nº 12.318/2010**

A lei de alienação parental tem a finalidade de possibilitar sua identificação e aplicabilidade, bem como apresentar sanções cabíveis diante desse cenário de violência contra o menor e contra o genitor alienado. O papel de alienador não se restringe aos genitores, mas se estende àqueles que através do convívio com o menor, criam meios para romper ou dificultar a manutenção do vínculo existente entre pais e os filhos.

O parágrafo único do Art. 2º, da referida lei, traz um rol exemplificativo de atos identificadores de alienação parental, os quais poderão ser praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II – dificultar o exercício da autoridade parental; III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010).



A LAP aponta as condutas mais frequentes em que o titular da guarda do menor poderá incorrer para a prática da alienação parental, proporcionando diversos indicativos para o reconhecimento seus indícios, e favorecendo a aplicação das providências adequadas a cada caso, trazendo segurança jurídica para as partes envolvidas na referente conduta de desqualificação ou de empecilho ao exercício da autoridade parental.

Em geral, a LAP lista alguns atos que podem ser considerados como alienação parental, a exemplo da própria campanha denegritória contra o genitor alienado, em que se utiliza o filho como uma ferramenta pra concretizar essa vingança. Esse alienador dificulta o exercício da autoridade parental, e impede o direito de visitas impondo empecilhos para promover o distanciamento entre a criança e o outro genitor, e isso acaba implicando no rompimento do direito de convivência.

Segundo a lei, outra pratica comum aos alienadores é a omissão reiterada de informações essenciais sobre o menor, como o estado de saúde ou informações escolares, assim como outras informações de cunho pessoal em relação à criança.

Não raro, os alienadores mudam de endereço, de cidade ou de país, sem prestar qualquer informação de seu paradeiro para dificultar mais ainda um contato tão importante do menor com a sua família.

Alguns genitores alienadores prestam falsas denúncias de abuso sexual, inculcando mentiras reiteradas na cabeça do menor e criando as falsas memórias. Neste último caso, as acusações são graves e o menor passará a temer que qualquer mal lhe seja causado pelo genitor, bem como não terá certeza se realmente foi sexualmente abusado ou não.

Consoante ao Art. 3º da LAP, a alienação parental importa no descumprimento dos deveres advindos da autoridade parental, da tutela ou da guarda, fere o direito fundamental do menor de ter uma convivência familiar saudável que restará prejudicada pelo estímulo de animosidade entre o menor e o genitor alienado.

Nos termos do art. 4º, visando sempre o melhor interesse e a prioridade absoluta do menor "o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o ministério público, as medidas provisórias necessárias para a preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente" (BRASIL, 2010).

É importante que depois de identificada a alienação parental, o menor não continue afastado do progenitor alienado, de forma que se busque sempre reaproximar ambos, mesmo que no início a criança ou o adolescente rejeite a ideia. A visitação, ainda que assistida, só não será permitida nos casos em que haja riscos

à integridade física ou psicológica do menor, fato que deverá ser atestado pelo profissional que o juiz houver indicado para o acompanhamento das visitas, consoante a disposição do parágrafo único do artigo 4º da Lei.

Por meio de ação autônoma ou incidental, o juiz poderá determinar que seja feita perícia psicológica ou biopsicossocial por perito ou pela equipe multidisciplinar, tendo por objeto a busca de fatores que indiquem que a alienação esteja sendo praticada. Dessa forma, através da avaliação, de acordo com a LAP, poderá ser feita:

Entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico de relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra o genitor. (BRASIL, 2010).

A perícia em casos de alienação parental revela-se de suma importância, porque os atos de alienação podem passar por fatos normais no decorrer da disputa pela guarda, necessitando de uma análise técnica mais aprofundada a fim de se verificar se constituem fatos isolados ou se fazem parte de uma estratégia para dificultar ou romper a convivência do menor com o alienado. Todavia, a perícia nem sempre é necessária para identificar a ocorrência de alienação parental, pois a prática é tão clara e perceptível que dispensa qualquer análise técnica pelos profissionais da equipe multidisciplinar.

Caso seja necessária a realização de perícia, o prazo previsto para a apresentação do laudo é de 90 (noventa) dias, podendo ser concedida prorrogação pelo juiz, baseada em justificativa circunstanciada. Cumpre salientar que a demora na apresentação do laudo e da na tomada de providências para descontinuar a prática da alienação parental contribuem, de certa forma, para o seu avanço, portanto se faz necessário agir rápido e com cautela para assegurar os direitos fundamentais infante-juvenis, prezando sempre pela sua saúde e por seus interesses.

O artigo 6º, da Lei nº 12.318/2010, traz alguns mecanismos à disposição do magistrado para que se dificulte ou interrompa as práticas alienadoras, caso restem configurados os atos típicos previstos na lei de alienação parental, ou que o juiz entenda como práticas alienantes. Conforme o entendimento de Stolze (2020), as sanções aplicáveis ao alienador podem ir da forma mais tolerante, como é o caso da advertência, ou podem ser mais duras, a exemplo da suspensão do poder familiar.

No que se refere à aplicação de sanção de advertência, esta possui caráter educativo, em que o juiz elucida aos pais que a prática de interferência na convivência

com os filhos e o estímulo do ódio e do medo na criança proporcionam danos irreversíveis como consequência. Esta medida, se aplicada ainda no início pode evitar as sequelas dessa prática nocente.

Quanto ao inciso II do referido art. 6º, há a possibilidade do juiz “ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado” (BRASIL, 2010), e desta maneira tentar reconstruir os laços que foram desgastados, bem como proporcionar mais tempo entre o genitor e o menor para que ambos comecem a conhecer um ao outro novamente.

Ainda consoante Stolze (2020), à afetividade não se faz interessante a imposição de multa para estimulá-la, entretanto, na alienação parental, ao estabelecer medidas punitivas de caráter pecuniário atinge-se o orçamento do alienador, dessa forma, ele se sente impelido a sustar as práticas nocivas e deixa de atrapalhar as visitas do genitor à prole.

A determinação de acompanhamento psicológico ou biopsicossocial é importantíssima, não só como sanção para quem aliena, mas para quem foi vítima da alienação, ou seja, os genitores e a criança ou adolescente. A terapia e a ajuda profissional proporcionarão ao alienador perceber os riscos que emanam da sua conduta, bem como aprenderá a lidar com o término da sociedade conjugal sem interferir no relacionamento dos filhos com o genitor. Quanto à criança e o genitor alienado, passarão a ter acompanhamento com o intuito de diminuir os danos ou impactos a longo prazo da alienação parental.

Ainda nos termos do art. 6º, se o juiz entender que seja necessária, a guarda unilateral poderá ser convertida para guarda compartilhada, de acordo com os interesses do menor. Delicada é a imposição de inversão da guarda compartilhada para a unilateral, pois esta medida, mesmo tendo cariz punitivo ao alienador, poderá atingir o menor, dessa maneira, deve-se sempre priorizar os interesses infanto-juvenis, sem punir uma alienação com outra.

Assim como já exposto, o alienador, na tentativa de dificultar a contiguidade genitor-menor poderá tentar fugir ou mudar de endereço sem avisar ao outro progenitor. Para evitar tal prática, o juiz, diante do iminente perigo de fuga, poderá optar pela fixação cautelar do domicílio da criança ou do adolescente.

Por último, dentre as sanções que podem ser aplicadas, a mais gravosa consiste na suspensão da autoridade parental, que deverá ser aplicada caso a alienação psicológica esteja em grau avançado, pois é neste grau que os danos produzidos passam a ser agravados e irreversíveis.

É importante salientar que o rol para a aplicação das sanções é exemplificativo, portanto, o juiz poderá aplicar cumulativamente quantas sanções forem necessárias para cessar os atos de alienação parental. Ainda na mesma perspectiva, o autor da alienação parental responderá se assim for necessário, penalmente ou mediante responsabilização civil, pelos atos praticados.

### **3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA E DO ECA AMOLDADOS À ALIENAÇÃO PARENTAL**

Tanto os princípios do direito de família como do ECA, e os direitos fundamentais previsto na Constituição de 1988, são norteadores no que tange a ajudar a compreender quais aspectos dos direitos da criança e do adolescente alienado podem ser violados, bem como traduzem a necessidade do que se deve prezar nos conflitos que envolvam os menores, além de orientarem na aplicabilidade da legislação vigente. Elencamos alguns deles que serão expostos a seguir.

#### **3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

Previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, III, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem enorme abrangência no Direito brasileiro, servindo como alicerce para o ordenamento jurídico. Pode-se entender que esse princípio é inato ao homem e procura afastar dele qualquer tipo de comportamento humilhante ao qual venha sofrer ou ser submetido. Consoante ao pensamento de Pereira (2016), o desenvolvimento, a organização e o pensar voltado para os direitos humanos só se tornou possível pela noção que temos de indignidade e dignidade. Na percepção de Tepedino:

A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução de valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos (apud GONÇALVES, p. 22).

Portanto, é importante que no seio familiar não haja nenhuma conduta que atrapalhe o desenvolvimento digno da criança e do adolescente, por meio de práticas violentas que atinjam seus direitos e os levem à degradação física ou mental já que sua dignidade não diz respeito só a si e a quem mantém sua guarda e poder familiar, mas a toda sociedade, devendo haver certos limites ao que os pais acham ser melhor para os seus filhos.

#### **3.2 Princípio da afetividade**

A família era instituição patriarcal meramente voltada para o patrimônio, onde o afeto não tinha muita presença. O papel do filho primogênito, do sexo masculino, era dar continuidade ao trabalho do pater famílias, enquanto o papel das filhas apenas se constituía em ser tomada em matrimônio e constituir uma nova família, dando continuidade ao mesmo ciclo de interesse pelo qual seus pais contraíram matrimônio.

O que se percebe atualmente é que o afeto é justamente o laço que mantém a família unida, descartando, embora em situações isoladas ainda exista, o interesse patrimonial ou certas obrigações que não se enquadram ao presente. Prova disso é a família socioafetiva ou mesmo um dos pais socioafetivos que mesmo sem laços sanguíneos o que prevalece é o afeto que se tem uns com os outros.

Implícito na Carta Política de 1988, o princípio da afetividade se faz bastante presente nos vínculos familiares. É em razão do afeto que se busca, nos dias atuais, a formação da família. No entanto, como já citado, nem sempre foi assim, a família conservou por muito tempo apenas o caráter patrimonial, voltado para o pátrio poder e pautado na hierarquia, dessa forma, o amor não era elemento importante e nem indispensável para que se mantivesse o laço familiar. Contudo, assevera Pereira (2016) que a inexistência do afeto na família pode destruí-la, já que é elemento de suma importância para a manutenção do elo que a preserva.

A afetividade também cumpre seu papel no que diz respeito aos filhos, e é neste sentido que ela será trabalhada aqui. A família é o lugar ideal de desenvolvimento saudável da criança ou do adolescente, é onde ela recebe e transmite o afeto, onde cresce física e mentalmente, devendo ser zelada, educada, receber limites impostos pelos pais e outros atos de cuidado próprios à sua idade. Para além da Carta Magna, o princípio da afetividade se faz presente no art. 3º da LAP, é um princípio importantíssimo que não age sozinho, junto a ele pode-se elencar o direito a convivência familiar, o princípio da solidariedade, da paternidade responsável, dentre outros. No dispositivo em questão percebe-se que a tentativa de romper os laços afetivos entre a criança e um de seus genitores ou de seus entes familiares consiste na quebra de deveres próprios da autoridade parental e em consequência acaba constituindo claro abuso moral contra a criança ou o adolescente. Portanto, se faz necessário que o rompimento conjugal não se confunda com o exercício da paternidade ou da maternidade, e que o cuidado e o afeto entre a criança e os seus pais seja contínuo e sem qualquer prejuízo, para que cresça estruturada dentro da sociedade, pois a raiz que nutre a mente de uma criança é alimentada no seio de uma família amorosa e equilibrada.

### **3.3 Princípio da solidariedade familiar**

Presente no art. 229 da Constituição Federal, o princípio da solidariedade determina que “os pais têm dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988). Essa mútua assistência procura garantir a permanência dos laços familiares, para que ainda exista o compromisso do cuidado entre os pais e os filhos independentemente do término do casamento, e que, no caso das crianças, não tenham seu crescimento prejudicado, devendo receber educação e amparo de seus pais. É no ambiente familiar que se desenvolve a compreensão e a cooperação entre os indivíduos, em que se estabelece o âmago do poder familiar exercido perante os filhos (STOLZE, 2020).

### **3.4 Princípio da prioridade absoluta e princípio do melhor interesse**

Conforme o entendimento de Maciel (2018), a responsabilidade da família que decorre do poder familiar não para somente nele, destarte, a família tem responsabilidade e dever moral no que diz respeito ao bem estar e à qualidade de vida do menor.

O princípio da prioridade absoluta consiste nos cuidados com os menores no que se refere aos seus direitos fundamentais, em especial ao direito à vida, saúde, respeito, convivência familiar e dignidade humana, que são de enorme relevância e devem ser sempre primados pela sua condição de fragilidade como indivíduos em desenvolvimento, à vista disto, devem ser protegidos tanto pela sua família como pela sociedade e o Estado de qualquer tipo de violência e negligência, devem ainda gozar da proteção e de socorro em qualquer circunstância.

O princípio do melhor interesse, não está previsto na constituição, mas foi adotado pelo Brasil através da declaração do direito da criança (1959), no entanto, está subentendido ao se falar também da prioridade absoluta e de outros princípios do direito da criança e do adolescente. Tal princípio visa a proteção infanto-juvenil, mas principalmente a garantia dos seus direitos fundamentais, fazendo com que a lei atenda às necessidades do menor como seu destinatário final para que não haja qualquer tipo de lesão aos seus direitos, proporcionando para eles um crescimento saudável.

### **3.5 Direito à convivência familiar**

Toda criança e adolescente tem direito à convivência familiar com seus pais e com seus familiares. Conforme Stolze (2020), este direito tem cariz garantista, em que se prezará pela inseparabilidade da família-núcleo, ou seja, da criança ou do adolescente com os seus genitores.



Ocorre que nos casos de alienação parental este direito é atacado de maneira assaz, em que há privações de visitas por parte de um dos genitores que busca incessantemente o afastamento dos filhos com o genitor alienado, podendo ser tanto por questões de superproteção como também para atingir o ex-parceiro em razão de separação ou divórcio. Todavia, nesta tentativa egoísta que muitas vezes se concretiza, a conduta alienante resulta não só no rompimento dos laços entre o genitor alienado e o menor, mas causando consequências psicológicas como é o caso da síndrome alienação parental.

#### **4. OS DANOS CAUSADOS AOS MENORES EXPOSTOS À ALIENAÇÃO PARENTAL**

A teoria de Gardner (1985) quanto à síndrome da alienação parental continua sendo muito atual e fundamental para o entendimento dos danos causados ao menor durante a campanha denegritória contra o genitor alienado. Esse transtorno é contumaz, nas disputas pela guarda do menor sendo conceituado pelo psiquiatra Richard Gardner (1985), como um distúrbio que se manifesta na infância e quase sempre ocorre em meio às disputas pela guarda do infante. Seus danos foram apontados por meio de pesquisas feitas por Gardner, que listou alguns transtornos desenvolvidos pela prática da alienação e seus diversos graus.

O menor vítima desse abuso emocional passa a enxergar uma imagem deturpada de um dos genitores por ser constantemente exposto a palavras e ações desrespeitosas quanto a alguém que ama, criando uma espécie de cumplicidade com o alienador, ocasionando um bloqueio emocional em relação ao genitor alienado. Dependendo do grau em que a síndrome se manifeste pode haver a recusa, por parte da criança, em ter qualquer contato com o seu pai ou sua mãe, apresentando hostilidade e demonstrando ódio infundado ao genitor alienado ou à sua família.

Nesse contexto de disputa de guarda, a vontade de ser um pai ou uma mãe melhor que o ex-cônjuge pode levar o genitor a se tornar um alienador que superprotege a prole, impondo dificuldades para a realização das visitas, negando informações sobre a criança, e promovendo constantes ataques à vida pessoal do ex-parceiro ou companheiro, criando um conflito na mentalidade infantil quanto à figura do genitor alienado.

Diante das manipulações sofridas, a criança tende a satisfazer as vontades do alienador e, de certa forma, contribui com a alienação, praticando condutas ensaiadas contra o genitor alienado. O menor é ainda estimulado pelo alienador a escolher um entre seus pais, fazendo-o pensar que só pode amar a um e não ao outro, e é dessa forma que o alienador encontra um meio de conseguir a guarda do menor para si, sob alegações de que a criança ou o adolescente não deseja ter



contato com o genitor alienado. Essa prática reiterada de interferência na relação entre genitor-menor causa danos psicológicos que com o tempo vão se afluando, podendo levar à depressão, amedrontamento, e sentimento de culpa, por de alguma forma ter contribuído para o afastamento do genitor alienado, dentre outras formas de adoecimentos psicológicos.

Os menores submetidos à alienação parental, pela frequente tentativa de individualização de seu amor pelo guardião, tendem a abusar do uso de bebidas alcoólicas ou uso de substâncias ilícitas como forma de conforto ou meio de extravasar a dor sofrida, já que são expostos ao frenesi das emoções causadas pela carência de seu genitor. Todos esses danos emocionais causados pela falsa obrigação de odiar um genitor em detrimento do outro, e de agradar e conquistar o afeto do alienador promovem problemas psicológicos irreversíveis.

Há que se observar, dentre as consequências causadas pela alienação parental, a perda de tempo do genitor alienado na vida do menor em que esse poderia ter participado do crescimento da criança, bem como o menor poderia ter desfrutado da convivência com o pai ou a família, dessa forma, quando se descobre que na realidade fora o tempo todo induzido a odiar, e que aquela pessoa não corresponde às imperfeições que por muito tempo acreditou, o menor terá sentimentos de perda e arrependimento.

As práticas alienantes, em especial a prática de denegrir a imagem do genitor, refletem na síndrome da alienação parental, que como resultado produzem diversos danos psicológicos nos menores alienados.

No entanto, apesar da relevância psicológica e jurídica do diagnóstico da síndrome da alienação parental para que se evite dano grave à criança ou ao adolescente, tal transtorno ainda não teve reconhecimento pelo Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais (DSM) que lista diversos transtornos mentais, no entanto, ainda pode ser usado para aplicar alguns diagnósticos à SAP.

Gardner descreveu três estágios da síndrome da alienação parental, classificando-os como leve, moderado e severo.

No grau mais leve, ainda que deixe ocorrer a visita, o alienador busca sempre desmoralizar discretamente o genitor e dificultar seu cumprimento. A criança ainda possui laços sadios e sólidos com o genitor alienado e mantém bom comportamento durante as visitas (ROCHA; PAULO, 2012).

Quanto ao grau moderado, o alienante passa a ser mais incisivo, empregando outros recursos para viabilizar o afastamento genitor-criança. Nesta fase, a criança começa a colaborar para a desmoralização do genitor alienado, no entanto, ainda possui ligação forte com ele, mas que não sadia.

No grau mais elevado da alienação parental, a criança teme as visitas do genitor alienado, passa a ter comportamento violento e muitas vezes entra em pânico. Dessa forma, as vistas começam a não ser viáveis, há o estreitamento dos laços com o alienador e o afastamento entre o menor e o progenitor alienado, e o menor passa a manifestar grave rejeição aos parentes e amigos do genitor alienado.

Gardner listou alguns transtornos mentais presentes no DMS-4 que poderiam ser desenvolvidos nos portadores da SAP, alguns deles são: transtorno de conduta, transtorno de ansiedade se separação e transtorno dissociativo.

Diante do exposto, nota-se a importância da interferência do judiciário para cessar as práticas de alienação parental antes que se transformem em transtornos irreparáveis. Também é importante ressaltar a necessidade dos psicólogos preparados para reconhecer os sintomas decorrentes das práticas alienatórias e para tratar as crianças que desenvolveram a SAP em grau moderado e severo, e dessa forma tentar proporcionar uma qualidade de vida mais equilibrada possível dentro das condições de pessoa com graves danos emocionais.

## **5. A GUARDA COMPARTILHADA COMO SOLUÇÃO PARA A ALIENAÇÃO PARENTAL**

Antes de adentrar no instituto da guarda em si, é essencial uma abordagem geral sobre o poder familiar, pois a guarda, quando é exercida pelos pais, trata-se de uma demarcação de deveres e obrigações atribuídos pelo poder parental (ROSA, 2015).

Ainda conforme o entendimento de Rosa (2015), poder familiar consiste na relação de dever dos pais em relação aos seus filhos, viabilizando maneiras para que o menor possa desenvolver suas capacidades intelectuais, morais, sociais e físicas, obtendo um crescimento sadio e adequado dentro da família e da sociedade.

Os direitos e deveres decorrentes do poder familiar encontram-se descritos no art. 1.634 do código civil, e em especial o exercício da guarda, constante no inciso II, que dispõe que: "Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584" (BRASIL, 2002). Como é possível perceber, a situação conjugal do casal não influencia no

exercício do poder familiar, dessa forma, os ex-cônjuges podem contrair novas núpcias sem que isso lhes afete o poder parental.

O poder familiar traz, ainda, aspectos como a igualdade dos cônjuges e a proteção integral dos filhos como sujeitos de direito, afastando a autoridade absoluta do pai em relação ao restante da família, que advinha de uma sociedade extremamente patriarcal e machista voltada apenas para interesses econômicos e masculinos.

Mediante o entendimento de Gonçalves (2012), mesmo após o divórcio, a separação ou a dissolução da união estável, sendo intrínseco aos pais e tendo por característica a irrenunciabilidade e a indelegabilidade, ressalvados os casos de suspensão ou extinção do poder familiar, o poder parental não se altera com a dissolução conjugal, no entanto, a guarda, de certa forma, limita parte do poder de um dos pais sobre a prole, pois este reside junto ao guardião, enquanto ao outro fica resguardado o direito de visitação, a fiscalização e a educação do menor.

O instituto da guarda tem como objetivo principal o melhor interesse da criança ou do adolescente e o exercício dos direitos e deveres dos pais sobre os filhos. Dessa forma, busca-se a primazia do interesse do menor, principalmente no que tange à sua educação, saúde, e outros direitos básicos previstos na Constituição e no ECA.

A guarda da prole está comumente associada à figura materna, tanto pelo já citado histórico de indivíduo voltado para os deveres inerentes aos cuidados domésticos com a família, como pela ligação subentendida por trazer a prole ao mundo. No entanto, mesmo com esta associação largamente difundida pelo senso comum, cumpre ressaltar que os critérios para a guarda da prole nada dizem respeito ao gênero de seus pais, na verdade, o detentor da guarda, caso esta seja unilateral, será aquele com melhores condições de exercê-la, nos termos do art. 1.583, § 2º, ficando assegurado ao outro o direitos de visita.

Em outro polo encontra-se a guarda compartilhada que possui como proposta principal o exercício por ambos os pais do direito de convivência familiar com os filhos e o cumprimento dos deveres parentais. Nesse tipo de guarda, os pais cooperam entre si para buscar sempre a melhor forma de atender aos seus interesses e de sua prole sem prejuízos para qualquer uma das partes. Essa guarda proporciona também a continuidade afetiva, buscando dirimir que danos permanentes sejam causados aos filhos pelo término da sociedade conjugal, prezando pelo exercício da autoridade parental e pela primazia dos interesses do menor (ROSA, 2015).

Conforme já exposto, o fim da sociedade conjugal não mescla com a família parental, dessa forma, independentemente da continuidade das relações afetivas entre os ex-cônjuges, os filhos devem crescer recebendo afeto, cuidados, educação, etc. de ambos os pais para que possam crescer saudáveis em sua formação psicológica (ROSA, 2015).

Notadamente, quando há acordo entre os ex-cônjuges sobre a escolha da guarda compartilhada como melhor meio de gerenciar os cuidados com o rebento, para garantir convivência sadia com seu filho e uma boa formação psicológica, que é fundamental para o amadurecimento da criança ou do adolescente, torna-se muito mais fácil o exercício da autoridade parental e mostra-se um ambiente familiar propício para o desenvolvimento infanto-juvenil.

A guarda compartilhada deve ser sempre estimulada como escolha prima, no entanto, é comum que os pais não entrem em consenso sobre a escolha dessa modalidade de guarda por ainda haver atrito entre eles, neste caso cabe ao juiz decretar de ofício ou requerer ao ministério público que seja aplicada visando sempre o benefício do menor.

Como podemos observar, a guarda compartilhada é uma divisão de deveres entre os genitores ou quem possua a guarda do menor, isso se mostra bastante eficaz no desenvolvimento da criança, porque esta continua mantendo contato com seus pais de maneira igualitária e justa, e dessa forma não se estimula disputas entre os guardiões do infante ou jovem, já que através dessas desavenças um dos genitores pode passar a usar o menor com o intuito de ser mais querido por ele e magoar seu outro genitor, iniciando assim práticas de alienação parental.

Se o juiz entender que seja necessária, a guarda unilateral poderá ser convertida para a guarda compartilhada com o intuito de proporcionar à criança ou ao adolescente a convivência plena com ambos os pais, garantindo ainda que os guardiões cuidem de perto do menor, inibindo a alienação parental, observando o comportamento infantil, e suprimindo suas necessidades materiais e imateriais.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, cumpre relembrar que a alienação parental é uma prática de interferência psicológica nos filhos e que é praticada em sua maioria pelo genitor que objetiva induzir a criança a rejeitar ou temer o seu outro genitor. Esta conduta se inicia com o intuito de vingança por parte do alienador, mas pode evoluir para a síndrome da alienação parental e proporcionar danos psicológicos às crianças e adolescentes submetidas a essa prática.

A conduta é recorrente após as separações judiciais ou divórcio, e os alienadores, possuem comportamento superprotetor em relação ao menor, bem como traçam estratégias para impedir as visitas ao genitor-vítima da alienação parental.

As práticas de alienação psicológica, mesmo sendo recorrentes nas famílias do Brasil, podem ser combatidas através da lei 12.318/2010, que possui rol aberto, tanto para aplicar as sanções, como para fazer a identificação das práticas alienatórias, sendo a lei pautada principalmente nos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, na afetividade, na solidariedade e no direito à convivência familiar infanto-juvenil.

Mesmo com os transtornos desenvolvidos pela prática alienatória, ainda é possível que crianças e jovens passem por tratamento no intuito de diminuir os impactos da violência por causa da reprogramação sofrida.

Por fim, a guarda compartilhada é um mecanismo interessante a ser usado contra o alienador e a benefício da criança, pois além de impedir o domínio total do genitor sobre o menor, estimula a convivência com ambos os pais, permitindo que o menor receba a atenção necessária para o seu desenvolvimento psíquico.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. CURSO DE DIREITO CIVIL 6. **DIREITO DE FAMÍLIA**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF; Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil, Brasília, DF, 2002.

\_\_\_\_\_. Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm). Acesso em: 17 de maio de 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm). Acesso em: 17 de maio de 2020.

\_\_\_\_\_. Código Civil Brasileiro de 1916. Lei n. 3.071 de 01 de janeiro de 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: 17 de maio de 2020.

\_\_\_\_. Declaração Universal dos Direitos da Criança. 1959. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>. Acesso em: 19 de maio de 2020.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil. **direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Tradução por Rita Rafaeli, 2002. Disponível em: <https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro 6. **direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas Do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PAULO, Beatrice Marinho. **Psicologia na Prática Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo Da Cunha. **PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHEIRO, Carla. **Manual de psicologia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers: **Poder Familiar e Guarda Compartilhada: Novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROCHA, Mônica Jardim. Alienação parental: a mais grave forma de abuso emocional. In: PAULO, Beatrice Marinho. **Psicologia na prática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, Conrado Paulino Da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAPATER, Máira. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2019.

NOTAS:

[1] Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. *E-mail:* gabsilveira12@gmail.com

[2] Orientadora. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. Mestra em Psicologia pela Universidade Federal Do Rio Grande do Norte-UFRN *E-mail:* samilaleao@outlook.com

[3] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI.



## AS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS NO AUXÍLIO AO COMBATE A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

**MATHEUS CARVALHO SILVA:**

Acadêmico de Direito no Centro  
Universitário Católica do Tocantins.

**ALANA CARLECH CORREIA** <sup>[1]</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** As Penas e Medidas Alternativas a prisão, são penas que buscam de forma efetiva uma abordagem que presa pela auto responsabilização, visando assim chegar à ressocialização de forma efetiva. No entanto, apesar da presença dos institutos despenalizadores e na forte crescente da política de alternativas penais, o estado ainda continua majoritariamente aplicando as penas privativas de liberdade. Este artigo pretende demonstrar a relação positiva da política com o sistema penitenciário, trazendo sucintamente alguns pontos que fazem da política de alternativas penais uma grande aliada no combate à crise do sistema penitenciário.

**Palavras-chave:** Alternativas penais; Crise; Ressocialização; Sistema Penitenciário;

**ABSTRACT:** Penalties and Alternative Measures to imprisonment are penalties that effectively seek an approach that is based on self-responsibility, thus aiming at achieving effective re-socialization. However, despite the presence of decriminalizing institutes and the strong increase in the policy of criminal alternatives, the state still continues to apply mostly custodial sentences. This article aims to demonstrate the positive relationship between politics and the prison system, briefly highlighting some points that make the policy of penal alternatives a great ally in combating the crisis in the prison system.

**Keywords: Penal:** Alternatives; Crisis; Resocialization; Penitentiary system;

**Sumário:** Introdução. 1. 2. Reconhecimento da necessidade de alternativas que possam auxiliar no combate a crise do sistema penitenciário. 3. Viabilidade da aplicação das penas alternativas. 4. A ressocialização como principal objetivo na aplicação das penas alternativas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A organização do homem em sociedade impôs a necessidade de um regramento capaz de disciplinar o convívio e, para tanto, estabeleceu-se algumas partes da vida humana que necessitariam de uma tutela especial. Daí o surgimento

do Direito Penal, tutelando aqueles bens da vida considerados mais valiosos, cuja lesão implicaria numa responsabilização mais severa. O Direito, ciência dinâmica, acompanha a evolução das necessidades humanas e no âmbito penal essas mudanças também ocorrem, tanto na tutela, quanto na penalização, motivo pelo qual se vislumbra algumas mudanças no decorrer do estudo histórico desse ramo do Direito.

Não é difícil de observar na história que o Direito evolui em proporcionalidade com o desenvolvimento da sociedade, mas que em alguns momentos foram necessárias certas “revoluções” para que a mudança acompanhasse os pensamentos e necessidades de sua época. Observa-se, assim, que em dado momento histórico o Direito Penal e Processual Penal tinham uma proposta mais punitiva e isso acompanha de certa forma a necessidade de resposta à aclamação social, que entendia que a punição deveria ser exemplar e chocante o suficiente para que outros indivíduos se intimidassem na realização do mesmo delito, sob o receio de passar por tamanho sofrimento. Ocorre que a crueldade da pena não foi suficiente para inibir comportamentos humanos indesejados, o que não surtiu o efeito positivo esperado, nem para a sociedade, nem para os indivíduos oriundos do sistema.

A pena privativa de liberdade, existente desde os primórdios, se manteve durante todo o período. E hoje, diante da crise que o sistema carcerário enfrenta em razão da superlotação, fazem-se necessárias implantações de políticas públicas criminais capazes de atingir o objetivo precípua da pena, que é a ressocialização do indivíduo, apresentando alternativas ao encarceramento, já que esse é insuficiente para atendimento do contingente criminal. Daí a necessidade de se reconhecer ações que possam com efetividade diminuir a grande massa carcerária existente no nosso país e é nesse cenário que a aplicação de penas e medidas alternativas aparecem como possibilidade de auxiliar na crise do sistema penitenciário, não só pela redução da quantidade de encarcerados, mas, principalmente, pelos resultados relativos a ressocialização e diminuição da reincidência.

Diante deste cenário, questiona-se: as penas e medidas alternativas podem auxiliar no combate a crise do sistema penitenciário?

O trabalho justifica-se em razão de o Brasil hoje vivenciar uma crise no sistema penitenciário que se perfaz por mais de uma década. Se o objetivo do cárcere é fazer com que o indivíduo possa refletir sobre o ato ilícito cometido e que possa ter cada vez mais apreço por sua liberdade, prisões superlotadas e indignas não seriam um ambiente favorável para essa reflexão.

Assim, é urgente que a diminuição da população carcerária diminua e a hipótese que se levanta é que as penas e medidas alternativas poderiam auxiliar nesse sentido, cabendo portanto ao Poder Judiciário, sempre que possível, dar preferência para essas penalidades em vez da pena restritiva de liberdade.

## **1. RECONHECIMENTO DA NECESSIDADE DE ALTERNATIVAS QUE POSSAM AUXILIAR NO COMBATE A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

O sistema carcerário hoje passa por uma crise que se perdura devido ao elevado número de crimes, a políticas públicas mal aplicadas, à insuficiência de investimentos governamentais em segurança, estruturas precárias e principalmente as prisões no país que seguem superlotadas, como mostra o relatório feito pelo Conselho Nacional do Ministério Público através do projeto Sistema Prisional em Números (BRASIL, 2020). Todos esses fatores influenciam negativamente em dados da reincidência, o que leva a conclusão de que o objetivo da ressocialização não é suficientemente alcançado.

Os fatores apresentados acima servem para que se possa reconhecer a necessidade de opções alternativas que venham a auxiliar no combate a crise do sistema penitenciário.

De acordo com uma cartilha do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicada no ano de 2016 que versa sobre as Regras de Tóquio, entre os anos de 1990 e 2014 houve um aumento da população carcerária em cerca de 575%, algo que reflete na curva ascendente do encarceramento em massa que se amplificou no Brasil.

O relatório "O Brasil atrás das grades" elaborado pela Human Rights Watch, organização em defesa dos Direitos Humanos, aponta o seguinte:

Embora as condições variem significativamente de um Estado para outro, e de uma instituição para outra, as condições carcerárias no Brasil são normalmente assustadoras. Vários estabelecimentos prisionais mantêm entre duas e cinco vezes mais presos do que suas capacidades comportam. Em alguns estabelecimentos, a superlotação atingiu níveis desumanos com detentos amontoados em pequenas multidões. As celas lotadas e os dormitórios desses lugares mostram como os presos se amarram pelas grades para atenuar a demanda por espaço no chão ou são forçados a dormir em cima de buracos de esgoto (HUMAN RIGHTS WATCH, 2019).

Até agora, é possível considerar pela maneira a qual vem sendo estruturado que o sistema penitenciário brasileiro está fadado ao erro. Há algum tempo a realidade é que a quantidade de vagas produzidas não consegue acompanhar a demanda que chega para o Estado. Diante disso, enquanto o Estado não consegue articular e organizar o sistema, o crime o faz. O relatório aponta para uma ausência de política efetivamente voltada para diminuição da população carcerária:

Além disso, os defeitos do sistema penal são em grande parte devidos à ausência de vontade política para ajustá-los, ao invés de falta de verbas. Algumas das crueldades mais extremas das quais os detentos brasileiros são vítimas não podem de forma alguma ser atribuídas à falta de recursos públicos. No presente, à luz do horrendo estado do sistema penal, é crucial que as autoridades prisionais e policiais--com o apoio dos deputados estaduais, promotores, Ministérios Públicos e autoridades federais relevantes--comecem a instituir um conjunto de reformas mais do que necessárias. (HUMAN RIGHTS WATCH, 1997-1998).

É necessário, ainda, observar o ato ilícito cometido por um determinado indivíduo não só como a real natureza daquela ação, mas sim observando critérios que o levaram a cometer aquele ato e qual seria a melhor forma de responsabilizá-lo sobre essa ação.

No entanto, pode-se afirmar que o sistema não cumpre com as diretrizes na qual foi instituído e muito mais que querer aplicar penas ou medidas alternativas em qualquer situação, quer-se também que ela seja criteriosa e eficaz. Uma análise de um profissional na área da psicologia poderia trazer para o judiciário, por exemplo, como que esse indivíduo vai reagir ao encarceramento ou se outras penas seriam mais eficientes, para que de certa forma possa prever o alcance do real caráter reflexivo da pena.

A prisão e sua lógica da segregação, da exclusão, da produção da delinquência e do apartheid social já foi objeto de discussões e serviu como ponto para a assunção de uma posição por parte da Psicologia e dos psicólogos (as) com respeito à ineficácia daquela e sua capacidade de retroalimentação da violência, do crime e da criminalidade. Os efeitos perversos e nocivos do encarceramento, prioritariamente dirigido às classes pobres, aos negros e aos jovens, é hoje razão de preocupação de organismos

internacionais, e também nacionais, que veem neste processo de encarceramento uma justiça seletiva e distante de qualquer forma de reintegração social ou responsabilização daqueles que sofrem os efeitos nefastos da pena de prisão. A lógica punitiva, retributiva e de vingança parece ser a única que permanece nesses tempos difíceis onde o alcance dos fins da chamada Defesa Social justificaria toda sorte de estratégias de aprisionamento, violações de direitos, etc. (FRANÇA; PACHECO; TORRES, 2016).

O trabalho do psicólogo nessa situação vai muito mais além que um mero exame criminológico que foi estabelecido pela LEP (Lei de Execução Penal) em seu artigo 8º, em que deveria ser aplicado ao condenado à pena em regime fechado com o objetivo de obter elementos que sirvam para uma adequada classificação do condenado, mas, principalmente, para a individualização da execução penal. No entanto, houve alteração do artigo 112 da LEP e deixou-se de contemplar o exame criminológico como obrigatório.

Bittencourt (2012, p. 459) afirma que “o exame criminológico é a pesquisa dos antecedentes pessoais, familiares, sociais, psíquicos e psicológicos do condenado, para obtenção de dados que possam revelar a sua personalidade”.

Além disso, Bittencourt enfatiza que:

É uma perícia, embora a LEP não o diga, busca descobrir a capacidade de adaptação do condenado ao regime de cumprimento da pena; a probabilidade de não delinquir; o grau de probabilidade de reinserção na sociedade através de um exame genético, antropológico, social e psicológico (BITTENCOURT, 2012, p. 461).

O exame criminológico é um conjunto de exames que juntos conseguem revelar um “olhar” mais detalhado sobre o condenado. Ele até aparenta ser mais um exame psicológico do que criminológico, mas não é, possuindo, por exemplo, etapas como: Exame Psicológico (Nível mental, traços básicos de personalidade e agressividade); Exame Social (Informações familiares, condições sociais em que o ato foi praticado e outros); etc. Observados esses fatores, seria possível aplicar a penalidade mais adequada ao perfil do condenado.

Mas infelizmente essas etapas são observadas geralmente após o adentrar do apenado no sistema carcerário, isso quando ele tem a oportunidade de receber essa avaliação. O exame criminológico deveria ser realmente uma das etapas da aplicação

da pena, podendo o indivíduo passar por uma espécie de triagem, quem sabe contendo mais de um profissional para que tenham diferentes ponderações sobre aquele sujeito.

Os objetivos do trabalho dos psicólogos, no sistema penitenciário, necessita evoluir progressivamente de uma orientação avaliativa para intervenções mais efetivas, com o objetivo de melhorar as possibilidades de recuperação dos detentos como também o aperfeiçoamento das organizações penitenciárias (JESUS, 2010, p.30).

Pouco vai adiantar tentar desconstruir ou reinventar um indivíduo depois que ele passa pelo sistema superlotado, descumpridor de um mínimo de dignidade esperada para qualquer ser humano. Por isso se faz necessário o máximo de tentativas, que possam de certa forma comprovar que aquela pena restritiva de liberdade seria a última, a única ou a melhor opção naquele caso.

Beccaria aduz que:

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza: e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos (BECCARIA, 2006, p. 20).

Grande parte da sociedade ainda vê o indivíduo que cumpre uma pena, independente de qual seja e principalmente as privativas de liberdade, como alguém que cometeu um erro irreparável, que deve pagar por ele e que não deve voltar para o convívio social até que tenha entendido a “gravidade” das suas ações e respeite a ordem e os “bons costumes” da sociedade.

Fernando de Jesus em sua obra, Psicologia Aplicada a Justiça, ao falar sobre normas sociais traz a seguinte colação:

As normas sociais regem o comportamento humano. Necessitamos dessas regras para estabelecermos os padrões de convívio, ajustarmos os comportamentos que desviam desse padrão, para que possam retornar a ele, e reforçarmos os comportamentos desejáveis. A pessoa anormal não consegue satisfazer as normas de conduta vigentes em seu meio de convívio (JESUS, 2010).



Aqui cabe uma reflexão: um indivíduo hoje que passa pelo cárcere tem parte de sua dignidade “perdida”, pois ele na maioria das vezes, para não dizer sempre, vai ter aquilo marcado na sua vida. Ele sempre vai ser visto como o egresso do sistema, como alguém que já cumpriu uma pena e dificilmente chegarão a ele segundas chances perante o convívio social.

As penas e medidas alternativas, observando esse contexto apresentado, entrariam como um catalisador na formação de uma sociedade mais equilibrada, principalmente no combate a crise presente no sistema carcerário, de forma que se poderia cada vez mais humanizar as penas e elevar mais uma vez a aplicação do Direito Penal e Processual Penal.

As penas alternativas possuem previsão no Código Penal em seu artigo 43 e são aquelas penas que, ao contrário da pena restritiva de liberdade, visam o carácter educativo e social da pena de forma efetiva. As penas alternativas têm como objetivo manter o indivíduo na sociedade sem inseri-lo no sistema penitenciário, como por exemplo, a Prestação de Serviços a Comunidade.

Segundo a legislação, sempre que possível o juiz deve aplicar a pena alternativa. As hipóteses legais para aplicação da pena alternativa são aquelas previstas no Código Penal nos artigos 44 a 58 e na Lei 9.099 em seus artigos 76 e 89 que falam, respectivamente, sobre a Transação Penal e a Suspensão Condicional do Processo. Segundo esses artigos será possível a aplicação das alternativas penais quando: Os crimes com pena máxima aplicada em até dois anos considerados de menor potencial ofensivo, serão recebidos pelos Juizados Especiais Criminais e para eles poderão ser aplicados à transação penal e a suspensão condicional do processo; Os crimes com pena máxima até dois anos, com ou sem violência, poderão receber suspensão condicional da pena e os crimes com pena máxima aplicada em até quatro anos, sem violência ou grave ameaça, poderão receber uma pena restritiva de direito.

Assim, é necessário fazer das Alternativas Penais como uma primeira opção na aplicação de uma pena e tentar utilizá-las sempre que possível no lugar das penas privativas de liberdade, de forma que possa vir a fortalecer o crescimento da política de alternativas penais, bem como diminuir a grande demanda existente no sistema penitenciário.

## **2. VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS**

Hoje infelizmente o Estado não consegue dar aos condenados o mínimo necessário para o cumprimento da pena privativa de liberdade e apesar da existência de políticas voltadas para essa área, o sistema encontra-se em colapso.

É notável que ainda existe um grande preconceito da sociedade com as alternativas penais, o que dificulta ainda mais o crescimento e fortalecimento da política. Dessa forma se faz necessário demonstrar que as penas e medidas alternativas são mais viáveis que as penas privativas de liberdade em diferentes âmbitos, para que elas possam ser observadas com um “olhar” mais receptivo.

Caso apenas tenhamos penitenciárias com instalações físicas adequadas, mas com carência de pessoal treinado e de programas que contemplem ações objetivas e práticas, não teremos como um resultado uma melhor recuperação do recluso, de maneira que perdemos de vista o objetivo que desejamos atingir (JESUS, 2010).

No ano de 2017, segundo dados levantados pelo INFOPEN, após a análise feita com 1.507 unidades prisionais cadastradas, o país contava com 726.354 pessoas privadas de liberdade. Se for feita uma observação a cerca do número de vagas disponíveis, é possível encontrar um déficit total de 303.112 mil vagas, perfazendo uma taxa de ocupação de 171,62%.

O Brasil hoje, segundo dados levantados pelo Banco de Monitoramento de Prisões (BNMP), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), possui cerca de 812.564 presos, população carcerária que se equipara a população da cidade de Nova Iguaçu no estado do Rio de Janeiro que possui 818.75 habitantes e aproximadamente três vezes mais que a população de Palmas, Tocantins, que hoje estima-se ter 299.127 habitantes segundo o IBGE.

Sabemos que todos os que estão nos cárceres sofrem seus efeitos mortíferos. O psicólogo pode esclarecer à sociedade sobre os efeitos da prisão – por exemplo, sobre as questões ligadas à agressividade. Se de um lado a agressividade é inerente à vida, é uma das facetas da libido composta como disse Freud, de amor e ódio, ela pode ser transformada em destrutividade e sadismo. A prisão é um meio eficaz no que diz respeito a operar essa transformação da agressividade em destrutividade, em torná-la, de reação normal que é algo descontrolado e mortífero. (FRANÇA; PACHECO; TORRES, 2016).

O artigo 10 da Lei de Execução Penal é bem claro quando diz que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, com o objetivo de prevenir a reincidência e orientar a um retorno pacífico a convivência em sociedade. Diante deste contexto,

a população não se vê como uma das responsáveis diretas pelo retorno adequado daquele indivíduo para o seu meio e o Estado se perde nas inúmeras demandas criadas hoje pelo sistema, não conseguindo cumprir na grande parte das vezes com o papel ao qual é encarregado.

Outro fator que ajuda a entender o quanto as alternativas penais são mais viáveis é quando se observa os índices de reincidência. Segundos dados levantados pelo IPEA em 2015, através de um relatório sobre Reincidência Criminal no Brasil, foi possível analisar que 75% dos apenados reincidentes foram condenados a penas privativas de liberdade e apenas 8,9% a penas alternativas. Agora o que mais chama atenção é o fato de que 89,3% dos condenados a penas privativas de liberdade voltaram a reincidir e apenas 6,6% são de penas alternativas.

Como parte do seu objetivo na reabilitação e ressocialização, a LEP determina que os presos tenham acesso a vários tipos de assistência, inclusive assistência médica, assessoria jurídica e serviços sociais. Na prática, nenhum desses benefícios são oferecidos na extensão contemplada pela lei, sequer a assistência médica--o mais básico e necessário dos três serviços--é oferecida em níveis mínimos para a maior parte dos presos. (HUMAN RIGHTS WATCH, 1997-1998).

O que notamos hoje é que a sociedade precisa ser trabalhada, para que se consiga acolher de forma correta esses indivíduos após a saída deles do sistema. Infelizmente a cultura predominante é a do encarceramento, mas é necessária a difusão de uma educação onde os métodos para resoluções de conflitos tenham como foco meios restaurativos.

É notável que ainda existe uma insegurança muito grande na hora de apresentar oportunidades a esses indivíduos, mas enquanto não houver um primeiro passo de solidariedade não haverá progresso.

### 3. A RESSOCIALIZAÇÃO COMO PRINCIPAL OBJETIVO NA APLICAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS

Hoje não é novidade para nenhum brasileiro, independente de ter um estudo aprofundado ou não sobre a causa, que o sistema penitenciário brasileiro há alguns anos está em crise. Crise essa que se manifesta em diferentes setores, mas se apresenta com maior relevância diante da superlotação e da falta de estruturação das penitenciárias, algo que habitualmente acaba sendo retratado pela mídia seja em entrevistas, reportagens e até mesmo na cinematografia, como por exemplo, no filme Carandiru lançado no ano de 2003.

Para Carvalho Filho (2002, p.10), “As prisões brasileiras são insalubres, corrompidas, superlotadas, esquecidas. A maioria de seus habitantes não exerce o direito de defesa. Milhares de condenados cumprem penas em locais impróprios”.

Diante do demasiado crescimento da população carcerária nos últimos 20 anos, fez-se necessária à busca por opções viáveis ao cárcere, pois o Brasil a cada ano observava o aumento significativo do percentual de entradas e reincidências no sistema, isso em resultado de um Direito Penal e Processual Penal mais punitivista.

É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei (BECCARIA, 2005, p. 71)

A prevenção ao crime sempre teve grande relevância entre as políticas aplicadas pelo governo brasileiro, isso claro em virtude da presença de dispositivos do ordenamento jurídico, em particular da Constituição Federal de 1988, que traz em seu art. 5º (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), o direito à segurança, e assegura no art. 6º, o direito à segurança como um direito social.

A segurança pública sempre foi um tema relevante na sociedade brasileira, principalmente após o aumento da criminalidade no país, e em “resposta” a essa aclamação social, o Judiciário aplicou cada vez mais penas privativas de liberdade, mas não pareceu ser suficiente. Hoje o Brasil está entre as quatro nações que mais prendem no mundo, mas a sensação de insegurança ainda permanece no cotidiano do brasileiro.

Caso apenas tenhamos penitenciárias com instalações físicas adequadas, mas com carência de pessoal treinado e de programas que contemplem ações objetivas e práticas, não teremos como resultado uma melhor recuperação do recluso, de maneira que perdemos de vista o objetivo que desejamos atingir (JESUS, 2010).

Hoje infelizmente a construção de novos presídios não consegue acompanhar o aumento da população e o número de presos é bem maior que a quantidade de vagas existente no sistema, onde em um espaço que acomodaria de sete a dez pessoas se encontram vinte. O Estado vem se mobilizando para conter os resultados negativos do sistema penal, entretanto parece ser uma “corrida” de certa forma “desigual”.

As penas e medidas alternativas aparecem diante desse cenário como uma solução.

Há quem enxergue as alternativas penais como se elas retirassem o caráter punitivo da pena, como se elas passassem na verdade uma sensação de impunidade. Entretanto esse tipo de pensamento na verdade está focada apenas na sanção penal aplicada e não no resultado que ela vai gerar para aquele indivíduo.

Não poderíamos deixar de mencionar, ainda, a existência do conflito entre o velho mundo jurídico, constituído pelos operadores reais do sistema, com todo o seu contexto ideológico-criminológico, e o novo mundo das ciências da conduta, que se encontra há menos de cem anos procurando repostas factíveis da aplicação de suas técnicas. Comumente encontraremos discussões estéreis sobre determinados problemas penitenciários que possuem a mesma essência, porém são julgados de forma diferente, induzindo seus participantes a posições radicais e inflexíveis (JESUS, 2010).

É necessário compreender que o sistema punitivista que era predominantemente aplicado até alguns anos precisa ser reformulado e que as penas privativas de liberdade não estão surtindo efeito algum. Prender por prender não gera resultado, e apesar de toda aclamação social para que essa seja a única medida adotada, ou a mais aplicada, é de conhecimento comum que a privação da liberdade necessita de certa estrutura que hoje não vem sendo ofertada pelo Estado.

A reforma do sistema, que hoje sintetiza várias das mazelas brasileiras, implica uma mudança de cultura e mentalidade no que se refere à dimensão da punição na legislação brasileira e na maneira como ela vem sendo aplicada pela polícia, Poder Judiciário e Ministério Público. Mais que cumprir a lei é preciso interromper ciclos de violência e reconstruir as relações sociais afetadas pelo crime. (XII CONGRESSO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE PREVENÇÃO DO CRIME E JUSTIÇA CRIMINAL, 2010).

Felizmente o reconhecimento da importância das Alternativas Penais teve êxito, de forma que o Ministério de Justiça através da Portaria Nº 495, de 28 de Abril de 2016, com o objetivo de desenvolver ações, projetos e estratégias voltadas ao enfrentamento do encarceramento em massa, e recentemente o Conselho Nacional de Justiça, através da Portaria Resolução Nº 288 de 25 de Junho de 2019 na qual define a política institucional do Judiciário para as Alternativas Penais.

Apesar de algumas ideias ainda precisarem de maturação, tem-se em mente que a busca por humanização na aplicação das penas pode sim ser alcançada e contribuir para a mudança dos números negativos encontrados hoje diante dessa problemática.

Dessa forma, se faz necessário compreender que as penas e medidas alternativas podem trazer o real caráter ressocializador que uma pena possui já que o cárcere teria por finalidade essa ressocialização, mas ela não é efetiva nos moldes aos quais vem sendo aplicada.

Diante disso, as alternativas penais surgem como uma grande opção para que a sanção penal não deixe de ser aplicada e principalmente que o objetivo por trás dessa sanção seja alcançado.

Recomenda-se que no máximo sejam feitos três grandes itens/partes de modo que cada um dos itens ou partes sejam elementos necessários para bordar o tema e auxiliar no desenvolvimento do raciocínio para se alcançar uma conclusão válida.

## **CONCLUSÃO**

O sistema penal brasileiro prevê a possibilidade de aplicação de pena restritiva de liberdade, multa e as chamadas penas alternativas. O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como as penas e medidas alternativas podem auxiliar no combate a crise do sistema penitenciário. Além disso, permitiu um olhar mais clínico sobre o que já é aplicado, as inovações propostas, bem como a visualização da necessidade de alternativas que possam combater a crise do cárcere, a viabilidade de aplicação e o entendimento da ressocialização como principal resultado.

Diante da crise instalada no sistema penitenciário brasileiro, superlotado e com recurso financeiro insuficiente para cumprimento dos requisitos básicos da Lei de Execução Penal, resta imperioso encontrar formas de se atingir o objetivo do processo penal.

Alternativas ao cárcere podem ser uma resposta para essa problemática, já que a crise supramencionada ainda segue, infelizmente, em evolução. Essas alternativas são possíveis de serem aplicadas em casos de crimes de menor potencial ofensivo e desde que o réu cumpra com os requisitos estabelecidos pelo Código Penal, o que torna a política de certa forma limitada a certos crimes, já que sua aplicação torna-se restrita a critérios técnicos e objetivos, podendo inclusive existir



um avanço nesse ponto dando mais autonomia as penas alternativas e permitindo aos juízes adotarem critérios subjetivos como, por exemplo, conduta social do réu.

Estudos demonstram uma curva ascendente do encarceramento dos últimos vinte anos. Mesmo assim, parte da população continua com a sensação de insegurança, ficando evidente que se faz necessária o aprimoramento da política de alternativas para encontrar novas e melhores formas de aplicação dessas penas.

Decorrente desse fator, se faz necessário pensar a viabilidade da aplicação das medidas alternativas no lugar do cárcere. Apesar das verbas destinadas, o sistema penitenciário tem um elevado custo com manutenção de estruturas, alimentação, higienização, etc., sendo, assim, muito difícil equilibrar toda demanda já existente e que chega constantemente no sistema. O curso disso para o Estado é de aproximadamente três mil reais mensais, enquanto uma boa estrutura para aplicação de medidas alternativas custaria em média menos de duzentos reais. Percebe-se que um indivíduo no sistema carcerário gasta cerca de quinze vezes mais do que um indivíduo em alternativas penais.

Trata-se, portanto, não apenas de condição que podem vir a melhorar as condições do sistema, mas também de números, algo que implica diretamente em certas tomadas de decisões no nosso país.

Nesse sentido, entende-se então que o principal resultado a ser alcançado é a ressocialização. O pensamento a ser analisado não é de uma "extinção do cárcere", mas sim em um encarceramento realizada com qualidade, em que o indivíduo tenha a mínima dignidade para realizar o cumprimento da sua pena e acesso a métodos eficazes de reeducação, nos moldes que dispõe a Lei de Execução Penal.

Ora, as alternativas penais trazem a tona a ideia da auto responsabilização, algo que era pra ser alcançado no cárcere, mas infelizmente não é. Hoje se faz necessário olhar mais para o indivíduo e principalmente para situação fática, para entender o que o sistema pode fazer na vida daquele indivíduo e, estatisticamente, percebe-se que a ressocialização não é alcançada.

Por isso, priorizar as medidas alternativas contribui de maneira ampla, já que alcança a finalidade punitiva da pena, permite a ressocialização, não expõe o indivíduo à situação degradante do sistema carcerário, além de ter menos impacto no orçamento público destinado ao cumprimento das penas.

## **REFERÊNCIAS**

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesidi. **Dos delitos e das penas**. 1. ed. Bauru: Edipro, 2005.

BÊRNI, Duilio de Avila; FERNANDEZ, Brena Paula Magro. **Métodos e técnicas de pesquisa**: modelando as ciências empresariais. São Paulo: Saraiva, 2012. 440 p.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, I. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Conselho Nacional do Ministério Público (org.). **Sistema Prisional em Números**. 2019. Disponível em: <https://www.Gacnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. [S. /], 7 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 25 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. [S. /], 25 set. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 29 abr. 2020.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002. Folha Explica.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Regras de Tóquio**: Regras mínimas padrão das nações unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. 13 p. (Tratados Internacionais de Direito Humanos). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

FERNANDA TRISOTTO (Brasil). Gazeta do Povo (org.). **Prender mais e manter preso: o custo da proposta de Bolsonaro para a segurança:** Bolsonaro e Moro querem endurecer sistema prisional brasileiro. Para isso, é preciso alterar a lei de execução penal e preparar os cofres públicos para o gasto adicional. 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/prender-mais-e-manter-preso-o-custo-da-proposta-de-bolsonaro-para-a-seguranca-e489eq94tc3iujetcxdd8z937/>. Acesso em: 25 nov. 2018.

FRANÇA, Fátima; PACHECO, Pedro; TORRES, Rodrigo (Org.). **O Trabalho da(o) psicóloga (a) no sistema prisional:** problematizações, ética e orientações. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016. 170 p. Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2016/12/O-trabalho-do-psicologo-grafica-web1.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

GOLDENBERG, Mirían. **A arte de pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em Ciências Sociais.** Mirian Goldenberg. 8. ed. Rio de Janeiro, RJ: Record, 2004.

HUMAN RIGHTS WATCH (Brasil) (Org.). **O Brasil atrás das grades.** 1997-1998. Disponível em: <<https://www.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/resumo.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

JESUS, Fernando de. **Psicologia aplicada à justiça.** 3. ed. Goiânia: Ab, 2010. 199 p.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 310 p.

PALOMA VASCONCELOS (Brasil). Ponte.org. **Com 812 mil pessoas presas, Brasil mantém a terceira maior população carcerária do mundo:** Bolsonaro e Moro querem endurecer sistema prisional brasileiro. Para isso, é preciso alterar a lei de execução penal e preparar os cofres públicos para o gasto adicional. 2019. Disponível em: <https://ponte.org/com-812-mil-pessoas-presas-brasil-mantem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em: 19 jul. 2019.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Lei de Execução Penal:** Lei Nº 7.210 de Julho de 1984. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 172 p.

RIO DE JANEIRO. Ipea. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Reincidência Criminal no Brasil.** Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2015. 162 p. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp->

content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Cortez, 2007.

SOARES, Edvaldo. **Metodologia científica**: lógica, epistemologia e normas. São Paulo: Atlas, 2003. 39 p.

XII CONGRESSO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE PREVENÇÃO DO CRIME E JUSTIÇA CRIMINAL, 10., 2010, Brasília. **Panorama da Ação Governamental**: Prevenção do Crime e Justiça Criminal: os desafios globais e a dinâmica do seu enfrentamento. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2010. 143 p.

NOTA:

[1] Doutoranda em Direito Internacional, mestre em Direito Público, professora de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins, advogada. Email: alana.correia@catolica-to.edu.br

## SERVIÇO MILITAR: APLICABILIDADE DO ART. 143 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

**DANIEL SOUZA NOGUEIRA:**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Candido Mendes.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como propósito realizar uma reflexão sobre o Serviço Militar Obrigatório nas Forças Armadas, conforme disposto no art. 143 da Constituição Federal de 1988 analisando a obrigatoriedade do instituto e por que o Brasil não adota o Serviço Militar Voluntário como forma de recrutamento principal.

**Palavras-chave:** Serviço Militar. Voluntário. Obrigatório.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to conduct a reflection on the Mandatory Military Service in the Armed Forces, as provided in art. 143 of the 1988 Federal Constitution analyzing the mandatory nature of the institute and why Brazil does not adopt the Voluntary Military Service as a form of primary recruitment.

**SUMÁRIO:** Introdução – 2. Serviço Militar Obrigatório: 2.1 Breve histórico do Serviço Militar Obrigatório; 2.2 Relação do Serviço Militar Obrigatória e as Constituições brasileiras; 3. Formas de recrutamento militar: 3.1 Argumentos favoráveis ao serviço militar voluntário; 3.2 Argumentos contrários ao serviço militar voluntário; 4. O pacifismo brasileiro como princípio constitucional: 5. Estratégia Nacional de Defesa e o serviço militar obrigatório: 6 Serviço Civil Complementar: 7. Propostas alternativas ao Serviço Militar Obrigatório – Considerações finais.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como propósito principal trazer uma reflexão sobre a obrigatoriedade e aplicabilidade do serviço militar nas Forças Armadas (FFAA), conforme disposto no art. 143 da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Neste cenário, construiu-se algumas questões que balizaram este trabalho:

- O Serviço Militar Obrigatório (SMO) é de fato obrigatório?
- Por que o Brasil não adota o Serviço Militar Voluntário (SMV)? e
- Então, o que fazer para que SMO realmente seja obrigatório a todos?

A prestação do SMO permite que, anualmente, sejam incorporados milhares de cidadãos, viabilizando assim um convívio social amplo, uma constante interação entre classes sociais e uma pluralidade de ideias.

Segundo Agra, Bonavides, Miranda (2009, p. 1718) a base constitucional do serviço militar decorre da necessidade de “radicar posições de direitos fundamentais ancorados na liberdade, na dignidade da pessoa humana, na igualdade no direito e através do direito”. Segue ainda o autor dispondo que “o dever de defender a pátria e prestar o serviço militar constitui um dever cívico-político, tal como o dever de votar” e que o caput do art. 143 adota o “princípio da nação em armas”, princípio este difundido pela Revolução Francesa de 1793.

Sobre o SMO, a CF/88 prevê o seguinte:

Art. 143. **O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.** § 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. § 2º - As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir (grifo nosso - BRASIL, 1988).

Neste contexto, o objetivo principal deste estudo é investigar se o serviço militar disposto no art. 143 da CF/88 conduzido pelas Forças Armadas do Brasil é de fato obrigatório.

Para tanto, utilizou-se como recurso metodológico, a pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise pormenorizada de materiais de periódicos jurídicos, da doutrina, da jurisprudência, além de documentos físicos disponíveis em arquivos de Organizações Militares situadas em Campo Grande-MS.

A pesquisa terá uma abordagem qualitativa em decorrência da exposição e relevância das informações abordadas. Quanto aos objetivos estes serão de categoria exploratória, baseados em dados disponibilizados na rede mundial de computadores, em especial no site do Ministério da Defesa (MD) e da Diretoria de Serviço Militar (DSM), com delimitação de pesquisa no lapso temporal de 3 anos (2017, 2018 e 2019).



O texto final foi fundamentado nas ideias e concepções de autores como: Rocha e Pires (2004), Silva (2005), Agra, Bonavides, Miranda (2009), Rocha (2014) e Abreu (2017).

## **2. SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO**

O Serviço Militar consiste no exercício de atividades específicas desempenhadas nas Forças Armadas, sendo obrigatórios a todos os brasileiros na forma da lei. A respeito do tema obrigatoriedade, Abreu (2017, p. 180) dispõe que “O caráter compulsório do serviço tem por base a cooperação consciente dos brasileiros, sob os aspectos espiritual, moral, físico, intelectual e profissional, na segurança nacional”. Abreu (2017 apud Bandeira de Melo, p. 180) dispõe ainda que, “os cidadãos recrutados para o serviço militar obrigatório exercem um verdadeiro *munus público*”.

A Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 - Lei do Serviço Militar (LSM) é a norma militar que versa, de forma geral, sobre as condições de execução e as particularidades do serviço militar.

A LSM entrou em vigor no dia 20 de janeiro de 1966 com a publicação do Decreto nº 57.564, de 20 de janeiro de 1966 – Regulamento da Lei do Serviço Militar (RLSM), que veio a regulamentar a matéria. Tanto a lei quanto o decreto, mesmo sendo anterior a CF/88, foram recepcionadas pela constituição vigente de 1988.

### **2.1 Breve histórico do Serviço Militar Obrigatório**

Sobre o serviço militar pode-se apontar que sua evolução está intrinsecamente ligado à luta dos interesse comuns das nações que habitavam os territórios antigos, desde os povos sumérios, persas e fenícios até a civilização grega e romana.

Os povos antigos buscaram ao longo dos tempos formar pequenos grupos com objetivo de defender seu território de potenciais inimigos. A própria evolução da humanidade se confunde com a história das guerras. Sobre a evolução da humanidade, Rocha e Pires (2004) observam o seguinte:

É impossível dissociar a evolução da humanidade da história das guerras. Em todos os tempos, em todos os lugares, encontram-se homens irmanados, de armas na mão, na luta pelos interesses dos seus grupos, das suas tribos, das suas nações (ROCHA e PIRES, 2004).

No Brasil, definir a origem do serviço militar não é tarefa fácil. O que pode-se concluir que sua origem remonta da necessidade de Portugal defender o recém-descoberto território brasileiro de inimigos estrangeiros e índios rebeldes que habitavam a terra desconhecida.

Gustavo Barroso (1999) em seu livro de História Militar destaca bem a origem das tropas brasileiras:

A primeira tropa mais ou menos regular que teve o Brasil, vinda de Portugal, foi composta pelos 600 voluntários desembarcados com o governador geral Tomé de Souza, na Baía, em 1549. Sobre sua organização, bem como sobre a dos soldados que combateram os franceses no Rio de Janeiro às ordens dos Sás, ao certo nada se sabe. (BARROSO, 1999, p. 11)

Do ponto de vista militar, Magalhães (2001, p. 110) aponta que “a forol dada em 26 de outubro de 1534, para a capitania da Bahia, obrigava os seus moradores a prestarem o serviço de guerra, em caso de necessidade”. Segue o autor afirmando que esse dever “constitui (...) o germe das instituições militares do Brasil”.

## 2.2 Relação do Serviço Militar Obrigatória e as Constituições brasileiras

Com a Carta Imperial de 1824 manteve-se a obrigatoriedade do serviço militar. Sobre o tema, o art. 145 dispõe que “**Todos os Brasileiros são obrigados a pegar em armas**, para sustentar a Independência, e integridade do Império, e defendê-lo dos seus inimigos externos, ou internos.” (grifo nosso)

Como bem observado por Rocha e Pires (2004) o texto constitucional na verdade não era cumprido devido aos inúmeros pedidos de isenções, gerando graves problemas no recrutamento para as forças de terra e mar.

Na prática, a determinação constitucional não era cumprida devido ao grande número de isenções, gerando problema de recrutamento para fazer frente às revoltas internas e às guerras e levando o Exército a ser constituído por voluntários mal preparados e a não ter como formar uma reserva para ser mobilizada em caso de necessidade (ROCHA e PIRES, 2004).

Com a queda do Império e a proclamação da República em 15 de novembro de 1889 estabeleceu-se uma nova ordem constitucional. Fruto desse rompimento político foi promulgado em 1891 a primeira Constituição da República brasileira, que vigeu até 16 de julho de 1934.

Sobre o serviço militar, a Constituição de 1891 estabelecia o seguinte:

**Art 87. Todo brasileiro é obrigado ao serviço militar, em defesa da Pátria e da Constituição, na forma das leis federais (...)** § 3º - Fica abolido o recrutamento militar forçado. § 4º - O Exército e a Armada compor-se-ão pelo voluntariado, sem prêmio e na falta deste, pelo sorteio, previamente organizado. Concorrem para o pessoal da Armada a Escola Naval, as de Aprendizes de Marinheiros e a Marinha Mercante mediante sorteio (BRASIL, 1891, grifo nosso).

Entretanto, mesmo sendo obrigatório, conforme mandamento constitucional, o serviço militar não alcançava todos cidadãos. Sobre o tema, Rocha e Pires (2004) destacam o seguinte:

Em que pese, na República, o serviço militar ter sido tornado obrigatório, a partir de 1908, o sistema só passou a vigorar, realmente, depois de intensa campanha liderada pelo poeta Olavo Bilac, durante a 1ª Guerra Mundial. A lei determinava que o recrutamento se fizesse mediante sorteio militar, o que foi inaugurado em 1916. Tal sistema vigorou até 1945, quando foi implantado o recrutamento na forma de convocação geral por classes, em vigor até os dias de hoje (ROCHA e PIRES, 2004, p. 84).

Assim como a primeira Constituição republicana (Constituição de 1891), a de 1934 manteve o SMO. Seguindo o mesmo ideal de universalização do serviço militar, as Constituições de 1937, 1946 e 1969 mantiveram a obrigatoriedade, assim como a Constituição Federal de 1988 (CF/88).

### **3. FORMAS DE RECRUTAMENTO MILITAR**

Sobre a forma de recrutamento, existe basicamente três sistemas básicos. O primeiro deles consiste no recrutamento por conscrição, onde todos os cidadãos são obrigados a prestação do serviço militar. Outro sistema disponível é o de recrutamento voluntário ou profissional. Existe um terceiro modelo de prestação do serviço militar que é o mercenário, onde homens e mulheres emprestam seus serviços a qualquer governo em troca de remuneração.

O Brasil adota o sistema por conscrição como base essencial do seu serviço militar, mas admite o ingresso de voluntários através de concurso público

(militar de carreira) ou por convocação (militares temporários) como forma de melhor aproveitar o seu efetivo militar.

### **3.1 Argumentos favoráveis ao serviço militar voluntário**

Argumento positivo ao Serviço Militar Voluntário (SMV) é de que o recrutamento seria realizado entre os cidadãos mais bem qualificados, pois as Forças Armadas não estariam obrigados a selecionar indivíduos não comprometidos com o ideal militar de bem servir a Pátria, priorizando assim apenas cidadãos com capacidades técnicas e pendor para a atividade militar.

Outro argumento favorável ao SMV, na visão de Rocha e Pires (2004), é o de que o SMO fere princípio fundamental do ser humano, que seja, a liberdade e o direito ao seu próprio corpo.

É sabido que a conscrição, apesar de obrigatória, não consegue absolver todo efetivo alistado. Como bem observado por Rocha e Pires (2004) “as Forças Armadas não conseguem absorver nem 10% (dez por cento) dos jovens do sexo masculino que, anualmente, completam 18 anos.

### **3.2 Argumentos contrários ao serviço militar voluntário**

Entre os argumentos contrários ao SMV podemos apontar o de que SMO alcança os mais diversos nichos sociais, independentemente de classe social, cor da pele ou religião, mostrando-se uma excelente ferramenta de fomento de práticas cidadãs.

Referindo-se ao importante papel do SMO, o General de Brigada José Carlos Cardoso, em palestra realizada no dia 23/08/2012, por ocasião do IX Encontro de Magistrados da Justiça Militar realizada em Fortaleza-CE, verbalizou o seguinte: “O Serviço Militar é uma escola de civismo e de cidadania onde as pessoas assimilam valores e práticas e se tornam conscientes de seus direitos e de seus deveres” (CARDOSO, 2012, online).

Corroborando com a tese do General Cardoso, Rocha (2014, p. 95) apud Baptista (2005), confere ao SMO “maior representatividade geográfica, étnica, social e religiosa; socializa o jovem no desenvolvimento de valores morais e estimula o respeito às leis e às instituições; etc. (ROCHA, 2014, p. 95)

## **4. O PACIFISMO BRASILEIRO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL**

O serviço militar obrigatório está presente em nosso ordenamento jurídico desde as primeiras constituições brasileiras. Sabe-se que o Brasil é um Estado

pacífico e ordeiro, não só por tradição, mas como princípio constitucional, conforme observar-se de rápida leitura do inciso VII, do art. 4º CF/88: "A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) VII - **solução pacífica dos conflitos**" (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Convergindo com a premissa de povo ordeiro e pacífico, o governo do Brasil, através do seu Presidente da República, à época o Sr. Luiz Inácio Lula da Silva, aprovou a Estratégia Nacional de Defesa, por meio do Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008, onde reafirma o posicionamento da Nação brasileira em relação a pacificidade do seu povo:

O Brasil é pacífico por tradição e por convicção. Vive em paz com seus vizinhos. Rege suas relações internacionais, dentre outros, pelos princípios constitucionais da não-intervenção, defesa da paz e solução pacífica dos conflitos. Esse traço de pacifismo é parte da identidade nacional e um valor a ser conservado pelo povo brasileiro (BRASIL, 2008).

O serviço militar é indispensável para as pretensões militares de defesa de um país. O que indaga-se na conjuntura política atual é a manutenção de um serviço obrigatório e a não adoção de um serviço militar voluntário, já que somos uma Nação pacífica e sem inimigos declarados.

Fundado no debate de qual é a melhor forma de ingresso nas Forças Armadas, conscrição voluntário ou obrigatório, destaca-se alguns pontos relevantes sobre a problemática:

## **5. ESTRATÉGIA NACIONAL DE DEFESA E O SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO**

A Estratégia Nacional de Defesa (END) é um plano de ações estratégicas cujo objetivo é modernizar a estrutura nacional de defesa. A END funda-se em três grandes eixos estruturantes. O primeiro versa como as Forças Armadas devem-se organizar e se orientar para melhor desempenhar sua destinação constitucional; o segundo refere-se à reorganização da indústria nacional de material de defesa; e o terceiro versa sobre a composição dos efetivos das Forças Armadas e o Serviço Militar Obrigatório, a saber:

(...) O terceiro eixo estruturante versa sobre a composição dos efetivos das Forças Armadas e, conseqüentemente, sobre o futuro do Serviço Militar Obrigatório. Seu propósito é zelar para que as Forças Armadas reproduzam, em sua composição, a própria Nação - para que elas não sejam uma parte da Nação,

pagas para lutar por conta e em benefício das outras partes. **O Serviço Militar Obrigatório deve, pois, funcionar como espaço republicano, no qual possa a Nação encontrar-se acima das classes sociais** (BRASIL, 2008, grifo nosso).

Sobre o tema, Rocha (2014, p. 118) argumenta:

Verifica-se com isso, que o documento projeta o SMO amparado na necessidade de este conduzir a uma identificação maior das Forças Armadas com a diversidade social brasileira, algo que não seria a dinâmica vigente devido à prática de seleção mais flexível que vem ocorrendo no Exército. O documento chega a explicitar o que teria sido observado pelos seus formuladores como um problema que ocorre no transcurso do SMO no Brasil, quando há o predomínio de um voluntariado ao invés de uma situação real de obrigatoriedade. E diante desse quadro compreende que a incorporação dos conscritos deva ter como critério principal a sua “aptidão” ao invés do seu interesse ou não em servir (ROCHA, 2014, p. 113).

Como bem observado pelo autor, na prática, para a grande maioria dos jovens incorporados, o serviço militar acaba por ser voluntário. Fundado nessa afirmação, dados divulgados pelo MD apontam que “cerca de 1,7 milhão de jovens realizaram o alistamento militar em 2018 e, pelo menos, 90 mil deles devem ser incorporados às Forças Armadas, neste ano”.<sup>[1]</sup>

## **6. SERVIÇO CIVIL COMPLEMENTAR**

Com objetivo de melhor aproveitar os cidadãos dispensados anualmente pelas FFAA, a END destaca a criação de um Serviço Civil Complementar (SCC) ao SMO para àqueles jovens brasileiros não aproveitados, como se segue

Complementarmente ao Serviço Militar Obrigatório instituir-se-á Serviço Civil, de amplas proporções. Nele poderão ser progressivamente aproveitados os jovens brasileiros que não forem incorporados no Serviço Militar. Nesse serviço civil – concebido como generalização das aspirações do Projeto Rondon – receberão os incorporados, de acordo com suas qualificações e preferências, formação para poder participar de um trabalho social. Esse trabalho se destinará a atender às carências do povo brasileiro e a reafirmar a unidade da Nação. Receberão, também, os participantes do Serviço Civil,



treinamento militar básico que lhes permita compor força de reserva, mobilizável em circunstâncias de necessidade. Serão catalogados de acordo com as suas habilitações, para eventual mobilização (BRASIL, 2008).

Com a criação do SCC acredita-se que o SMO adquira o caráter realmente universal preconizado por Olavo Bilac.

## **7. PROPOSTA ALTERNATIVA AO SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO**

Tramita na Câmara dos Deputados Federais a PEC 602/1998, que altera os parágrafos do art. 143 da Constituição Federal, instituindo o Serviço Civil Obrigatório (SCO) para os isentos e excedentes do serviço militar obrigatório ou dispensados de incorporação. Outra PEC que tramita na Câmara dos Deputados é a 154/2007, que acrescenta o art. 204-A, instituindo o serviço social obrigatório (SSO) a todos os dispensados ou isentos do serviço militar obrigatório. Todas essas proposições ainda estão em tramitação.

Vale destacar nesse contexto de estudo, apesar de não guardar relação com o SMO, tramitava no Senado Federal o Projeto de Lei (PL) 168/2012 de autoria do Senador Cristovam Buarque (PDT/DF), que versava sobre a instituição do exercício social para os graduados em medicina que obtiverem seus diplomas em cursos custeados com recursos públicos, em instituições públicas ou privadas. O PL foi arquivado em 26 de dezembro de 2018 ao final da Legislatura por forte influência do Conselho Federal de Medicina (CFM).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Do Exposto, conclui-se que a obrigatoriedade do serviço militar mantém-se desde a Constituição Imperial de 1824, que fora outorgada pelo Imperador Regente Dom Pedro I, até a constituição vigente de 1988, entretanto, verifica-se que a obrigatoriedade é vista somente para o alistamento militar, pois a execução do serviço militar em si, não alcança todos os cidadãos em condições de prestação do SMO.

Em relação ao fato do Brasil não adotar o SMV, a resposta, em parte, está na tradição brasileira de constitucionalização do SMO. No entanto, o principal argumento para manutenção do SMO está no papel social desenvolvido pelas Forças Armadas, pois este permite a interação de indivíduos dos mais diversos grupos sociais. Vigora aqui o “princípio da universalização do serviço militar”.

O SMO é uma ferramenta importantíssima na consolidação da cidadania. O jovem cidadão incorporado às Forças Armadas tem nela a oportunidade de complementar sua formação básica, seja aquela adquirida no âmbito familiar ou oriunda de bancos escolas.

A Nação brasileiro tem nas Forças Armadas forte confiança de replicação de valores esculpidos naquelas institucionais, consolidados por séculos de luta ao lado do povo, tais como a lealdade, a moral e o respeito.

Desde a consolidação do território brasileiro nossas Forças Armadas vem trabalhando incansavelmente na consolidação do Estado brasileiro. Primeiramente expurgando invasores europeus que aqui tentaram se instalar, passando pelo rompimento político com a Coroa português em 1822, que culminou com a independência política do Brasil de Portugal, até a consolidação da República em 1889 e a sua manutenção com a Revolução Democrática de 1964.

Finalizando, observa-se que as Forças Armadas são Instituições de Estado, não de Governo, apesar de muitos órgãos de imprensa tentarem incansavelmente macular a imagem das nossas instituições militares, somos fortes e assim permaneceremos.

Nossas Forças Armadas podem e querem contribuir com a construção de um novo Brasil, calcado na universalidade do Serviço Militar Obrigatório como forma de inserção e interação social do cidadão.

## **REFERÊNCIAS**

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). em:

Acessado em: 20 Ago 2019. Não Paginado.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.435, de 17 de agosto de 1964. Lei do Serviço Militar. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4375.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4375.htm). Acessado em: 09 Set 2019. Não Paginado.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008. Aprova a Estratégia Nacional de Defesa, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/Decreto/D6703.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Decreto/D6703.htm). Acessado em: 25 Jan 2020. Não Paginado.

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. Direito administrativo militar. 2. ed. Rio de Janeiro Método 2017.

AGRA, Walber de Moura. et al. Comentários a Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Gustavo. História Militar do Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro : Companhia Editora Nacional, 1938. Disponível em: <<https://bdor.sibi.ufrj.br/bitstream/doc/131/1/49%20PDF%20-%20OCR%20-%20RED.pdf>>. Acesso em: 18 Dez. 2019.

CARDOSO, José Carlos. Serviço militar obrigatório é exercício de cidadania. Palestra realizada no IX Encontro de Magistrados da Justiça Militar. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/enajum/noticias/item/874-servico-militar-obrigatorio-e-exercicio-de-cidadania-afirma-especialista>>. Acessado em: 10 Jan 2020.

MCCANN, Frank D. Soldados da Pátria: História do Exército Brasileiro 1889-1937. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MAGALHÃES, João Batista. A evolução militar do Brasil / Cel João Batista Magalhães. - 3. ed. - Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Ed., 2001.

ROCHA, Fernando Carlos Wanderley; PIRES, Sérgio Fernandes Senna. Serviço Militar Obrigatório versus Serviço Militar Voluntário – O Grande Dilema. Cadernos Aslegis, v.8, n.24, p. 61-100, set/dez 2004. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/11380>>. Acesso em: 20 Ago. 2019.

ROCHA, Tiago dos Reis. O serviço militar no Exército brasileiro na Nova República: a flexibilização de sua obrigatoriedade e os interesses da força terrestre no sistema de recrutamento vigente / Tiago dos Reis Rocha. – 2014. Disponível em: <[http://ppgest.uff.br/images/Disserta/2014/Tiago\\_Rocha.pdf](http://ppgest.uff.br/images/Disserta/2014/Tiago_Rocha.pdf)>. Acesso em: 18 Dez. 2019.

NOTA:

[1]Disponível em: <<https://www.defesa.gov.br/noticias/53229-servico-militar-para-jovens-selecionados-tem-inicio-em-1-de-marco>> Acesso em: 15 dez. 2019.

## OS EFEITOS JURÍDICOS DO CASAMENTO À LUZ DA LEI 13.811/19

**GYULIA SANTOS ARAUJO:** Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo – Fasec.

KELLY NOGUEIRA DA SILVA GONÇALVES<sup>[1]</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O artigo a seguir pretende tecer comentários acerca da evolução histórica do casamento no Brasil, identificar os pressupostos jurídicos do casamento no Código Civil de 2002, identificar as diferenças entre casamento e união estável e por fim analisar os impedimentos matrimoniais no Código Civil de 2002 e a idade núbil bem como as configurações do casamento à luz da Lei 13.881/19 do ponto de vista da aplicabilidade ou mero simbolismo. No Brasil, os nubentes podem casar-se a partir dos 16 anos, exigindo-se a autorização de ambos os pais, ou seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil, que passou a ser atingida aos dezoito anos. Será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. A lei 13.811/2019 que estabelece que não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil. A pesquisa foi realizada através de uma consulta bibliográfica em doutrinas, legislações e no Código Civil, considerado o diploma legal de maior teor para o tema analisado.

**Palavras-Chave:** Casamento. Família. Idade núbil.

**ABSTRACT:** The following article intends to comment on the historical evolution of marriage in Brazil, to identify the legal assumptions of marriage in the Civil Code of 2002, to identify the differences between marriage and a stable union, and finally to analyze the marital impediments in the Civil Code of 2002 and the nubile age as well as the configurations of marriage in the light of Law 13,881 / 19 from the point of view of applicability or mere symbolism. In Brazil, nuptials can marry from the age of 16, requiring authorization from both parents, or their legal representatives, until the age of civilian majority has been reached, which has now been reached at the age of eighteen. The marriage of those who have not yet reached the nubile age will be allowed, to avoid imposing or serving a criminal sentence or in case of pregnancy. Law 13,811 / 2019, which establishes that, in any case, the marriage of those who have not reached nubile age will not be allowed. The research was carried out through a bibliographic consultation on doctrines, legislation and the Civil Code, considered the legal diploma with the highest content for the analyzed theme.

**Keywords:** Marriage. Family. Nubile age.

## 1 INTRODUÇÃO

O casamento é o vínculo jurídico entre pessoas que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração e a constituição de uma família. No ordenamento jurídico esse vínculo é permitido a partir dos dezesseis anos de idade, considerada a idade núbil.

No Código Civil de 2002, os nubentes podem casar-se a partir dos 16 anos, exigindo-se a autorização de ambos os pais, ou seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil, que passou a ser atingida aos dezoito anos.

Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

Contudo, dada a realidade do grande número de casos de casamentos infantis no Brasil divulgadas em pesquisas, foi estatuída a lei 13.811/2019 que estabelece que não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil.

A lei acima sancionada partiu do Projeto de Lei 7119/2017, que em sua justificção apontava estudos capitaneado pela Organização Não Governamental Promundo, publicado em 2015, o Brasil é o quarto país em números absolutos com mais casamentos infantis no mundo. Três milhões de mulheres afirmaram ter casado antes dos 18 anos. Mais do que isso, o estudo indica que 877 mil mulheres brasileiras se casaram com até 15 anos de idade e que, atualmente, existiriam cerca de 88 mil meninos e meninas (com idades entre 10 e 14 anos) em uniões consensuais, civis e/ou religiosas no Brasil.

A grande questão a se considerar versa a problemática desse estudo, qual seja, se de fato essa lei terá eficácia. É fato que no Brasil há um grande número de casais que vivem no formato de união estável, principalmente onde impera a pobreza, o acesso precário a educação e os motivos culturais arraigados ao patriarcalismo.

Dessa forma, os pontos elencados nesta pesquisa pretendem tecer breves comentários acerca da evolução histórica do casamento no Brasil, identificar os pressupostos jurídicos do casamento no Código Civil de 2002, identificar as diferenças entre casamento e união estável e por fim analisar os impedimentos matrimoniais no Código Civil de 2002 e a idade núbil bem como as configurações do

casamento à luz da Lei 13.881/19 do ponto de vista da aplicabilidade ou mero simbolismo.

A pesquisa foi realizada através de uma consulta bibliográfica em doutrinas, legislações e no Código Civil, que para fins desse estudo é o diploma legal reconhecido com embasamento principal para tratar este tema.

## **2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CASAMENTO NO BRASIL**

Do ponto de vista semântico, a definição de casamento sempre gerou contradições doutrinárias, dividindo as opiniões dos autores, com uma corrente defendendo a sua natureza contratual, porque requer o consentimento dos nubentes,

Em consonância,

[...] outra linha doutrinária atribui ao matrimônio uma feição institucional, porque imperaram no casamento normas de ordem pública, a impor deveres e a reconhecer direitos aos seus membros, o que limita, sobremaneira, a autonomia privada. Portanto, a família organizada a partir do casamento obedeceria a um conjunto de normas imperativas, objetivando uma ordem jurídica e social do matrimônio, com forma especial e solenidades a serem rigorosamente observadas para conferir validade e eficácia ao ato conjugal (MADALENO, 2018, p. 163).

O casamento passou por diversas modificações no âmbito jurídico em decorrência das transformações sociais. Para Wald (2013), o casamento religioso era o chamado casamento de marido conhecido, instituto em que o casamento se provava pela pública fama de marido e mulher e pelo decurso de tempo.

Apenas em 1890, como ensina Gonçalves (2017), com o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, foi instituído o casamento civil, sendo abolida a jurisdição eclesiástica, passando a ser válido o casamento realizado perante as autoridades civis. O decreto permitiu a separação de corpos, como forma de extinção da sociedade conjugal, mas, manteve a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

De acordo com Wald e Fonseca (2013), a Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916, previa o desquite como forma de extinção da sociedade conjugal, considerou ainda o vínculo matrimonial indissolúvel, regido pela comunhão universal de bens. O mesmo título explicitava a distinção entre filhos legítimos, havidos no casamento, e



os concebidos fora do casamento, ou ilegítimos, além de instituir inúmeros pré-requisitos para a adoção.

Como adverte Dias (2016), a busca dessa igualdade forçou sucessivas alterações legislativas, de extrema importância, como a Lei 4.121/62, denominado o Estatuto da Mulher Casada, que alterou diversos dispositivos do Código Civil de 1916. Cabendo a partir daí a mulher colaborar com o marido, dividindo o poder de chefia do grupo familiar, assegurando-lhe no caso de exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, bens reservados, ou seja, asseguravam a ela propriedade dos bens adquiridos com o fruto do seu trabalho.

Observa-se então o patriarcalismo como cerne do casamento. Segundo Freyre (2003), o patriarcado, base familiar da sociedade agrária escravocrata do Brasil colonial, dava importância fundamental ao núcleo conjugal e à autoridade masculina, está sendo função do patriarca, chefe ou “coronel”, dono do poder econômico e mando político. Isto é, além de obter poderes econômicos e políticos, o patriarca ainda era detentor de poderes sobre mulher, filhos e os demais sob sua responsabilidade.

Assim, a sociedade enquanto regida pelo patriarca, estava em patamares desiguais, visto que, enquanto o patriarca era um ser “superior”, havia um conjunto de pessoas que eram tratados de maneira “inferior”, sendo sujeitos às ordens do dominador.

Em suma, o patriarcalismo buscava dar história a dominação masculina, enquanto trazia uma série de opressões ao gênero feminino. Em razão disso, o patriarcado trouxe grandes dificuldades que são até hoje abordadas quanto se trata do estudo de gêneros.

O patriarcado tornou-se um conceito vazio e inespecífico, referindo-se a “um sistema político quase místico, invisível, trans-histórico e trans-cultural, cujo propósito seria oprimir as mulheres” (PISCITELLI, 2009).

Hartmann (1997, p. 82) define:

Patriarcado como um conjunto de relações sociais que tem uma base material e no qual há relações hierárquicas entre homens, e solidariedade entre eles, que os habilitam a controlar as mulheres. Patriarcado é, pois, o sistema masculino de opressão das mulheres.

No regime patriarca, as mulheres servem como objeto sexual de satisfação masculina, estando sujeitas às prestações de serviços sexuais de seus dominadores, para que possam reproduzir seus herdeiros. Esta forma de exploração também pode ser entendida como uma forma de opressão.

Neste sentido Hartmann (1979) complementa que as mulheres são sistematicamente dominadas, exploradas e oprimidas. O sistema patriarcal enquanto instituição é uma constante social tão profundamente radicada que domina todas as outras formas políticas, sociais ou econômicas, gerando um estado de exclusão e discriminação social da mulher pautado na crença de uma superioridade masculina. No patriarcado as mulheres são vistas apenas como objetos de satisfação sexual dos homens, reprodutoras de herdeiros, reprodutoras de força de trabalho e reprodutoras de novas reprodutoras.

Portanto, diferentemente dos homens como categoria social, a sujeição das mulheres, também enquanto grupo, envolve prestação de serviços sexuais aos seus dominadores/opressores.

Em meado do século XXI, o modelo familiar que predominou foi a “família tradicional”, que tem características bem semelhantes ao regime patriarca, sendo que o homem é o dominador chefe da casa, exercendo poderes sobre sua mulher, devendo ela ser responsável pelas atribuições domésticas e se dedicar inteiramente aos filhos e marido.

Se tratando dos dias atuais, Castells (2002) afirma que o patriarcalismo é uma das estruturas sobre as quais se assentam todas as sociedades contemporâneas, ou seja, os relacionamentos do dia a dia são marcados pela violência e dominação que têm sua origem na cultura patriarcal.

É importante ressaltar que, o patriarcalismo ainda impera, mesmo que inconscientemente na sociedade. Exemplo disto é quando a mulher se opõe ao marido dizendo que se encontra em situação desigual a dele, a partir de então o homem não admite qualquer reação contrária ao seu poder de dominação e conseqüentemente ocorre a violência dos homens contra as mulheres.

É paradoxal esse modelo relacional uma vez que, apesar de ser conferido ao homem o ‘poder’, este por si só não é suficiente, necessitando ser garantido pela força física masculina. O poder como posição privilegiada de mando é compreendido aqui como exercício, possuindo um caráter relacional e disseminado por toda estrutura social. E onde há luta para a manutenção desse poder, há resistência (OLIVEIRA; CAVALCANTI, 2007, p. 40)

Não obstante, há de se destacar que a mulher ainda não possui sua total autonomia de vontade, visto que, está em condições de controle por algum "patriarca" que se julga soberano.

Em relação ao modelo de família, o autor Villela (2010) leciona que:

[...] era uma célula, um ente fechado, voltado para si mesmo, onde a felicidade pessoal dos seus integrantes, na maioria esmagadora das vezes, era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo, embasado no texto bíblico que apregoa que o que Deus uniu o homem não pode separar daí porque se proibia o divórcio e se punia o cônjuge tido como culpado pela separação judicial. "A figura da grande família extensa foi substituída pelo núcleo familiar restrita e diversificada, e está vinculada não mais aos ditames dos regramentos patriarcais, mas às ordens públicas" (VILLELA, 2010, p.11).

Contudo, foi por meio da Carta Política de 1988 que fez "sucumbir toda uma história secular de hipocrisia e preconceitos" (DIAS, 2016, p. 128). O intuito do referido diploma legal foi instituir a igualdade entre o homem e a mulher e expandir o conceito de família, estendendo de forma igualitária a todos os seus membros a proteção do Estado.

Como ainda avalia Dias (2016), a Constituição Federal de 1988 reproduziu significativas transformações da sociedade, e, quando colocou como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, já em seu artigo 1º, inciso III, deu novo enfoque aos valores, revolucionando o direito de família.

Na mesma linha de pensamento Wald e Fonseca (2013), concluem que o artigo 3º da nova carta, com a redação do inciso IV, abriu novos horizontes ao constituir como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: "Promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Atos e fatos são oriundos da vivência em sociedade e estes, tornam-se jurídicos, a partir do agir das pessoas de modo reiterado. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração dos membros da família e na forma de casamento (DIAS, 2016).

Nessa esteira:

[...] as pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante, e com mais liberdade, buscam ser felizes e não aceitam mais viver em um o ordenamento jurídico engessado. Para adaptar-se à realidade das pessoas, a concepção de família para a Constituição Federal não é mais aquela voltada ao patriarcado e laços estritamente consanguíneos, é uma visão pluralista, abrigando os mais diferentes arranjos familiares, totalmente voltados para o ser humano coberto de valores e direitos, em uma comunidade baseada no afeto, na pluralidade e com base no respeito ao princípio da igualdade (MADALENO, 2018, p.180).

Sob o prisma do direito, a união efetuada de forma voluntária entre duas pessoas que possuem, como objetivo, a constituição de uma família, objetivando uma convivência de auxílio e de integração físico-psíquica, além da criação e amparo da prole (VENOSA, 2017).

Vale ressaltar que, nem mesmo com as novas tendências de liberação dos relacionamentos estáveis e informais da mútua convivência, semelhantes ao casamento ainda se vislumbra a imposição do reconhecimento jurídico para se consolidar sua existência e validade.

## **2.1 O casamento no Código Civil de 2002**

Primeiramente, enuncia o art. 1.511 do Código Civil de 2002 que o casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Como outrora exposto, esse dispositivo consagra a igualdade entre os cônjuges.

O Código Civil de 2002 inseriu no artigo 1.511, ao iniciar o livro do Direito de Família, nas disposições gerais do primeiro título, referente ao direito pessoal, a cláusula geral da comunhão plena de vida, como diz Madaleno (2018), é um *conceito* ético, embora seu conteúdo não esteja totalmente definido,

[...] é tema sempre a suscitar os mais acalorados debates doutrinários e jurisprudenciais, quer quanto ao seu sentido social, quer quanto ao efeito jurídico da expressão recolhida do texto do referido artigo 1.511, quando observa estabelecer o casamento para os cônjuges uma comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e de deveres dos cônjuges (VENOSA, 2017, p. 48).

Conforme analisado art. 1.513 do Código Civil 2002, é proibido a qualquer pessoa, seja de direito público ou de direito privado, intervir ou interferir nas relações familiares. O dispositivo consagra o princípio da liberdade ou da não intervenção, o tópico a seguir traz explicações sobre as diferenças entre o casamento e a união estável, um arranjo familiar muito presente na sociedade atualmente, que inclusive já tem a atenção jurídica.

## **2.2 Diferenças entre casamento união estável**

Após a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, trata-se de companheirismo e companheiros os casais em união estável, sem impedimento para o matrimônio. O concubinato não é mais sinônimo de união estável, mas se refere àquelas situações do passado, tratadas como concubinato impuro ou adúlterino

Ao longo do tempo o casamento manteve as funções que hoje são atribuídas ao mercado e aos governos, como organização da produção e distribuição de mercadorias e pessoas, além da formação de alianças políticas, militares e econômicas, orquestrando os direitos e obrigações individuais desde as relações sexuais às questões sucessórias (XAVIER, 2015).

Consequentemente é em razão da importância social do casamento que o direito sempre dedicou especial atenção a ele, sendo talvez uma das mais clássicas discussões aquela sobre a sua natureza jurídica, podendo ser identificadas quatro principais teorias: casamento como instituição, casamento como contrato, casamento como contrato/instituição e casamento como negócio jurídico (COONTZ, 2006).

Assim:

O ato criador do casamento é um acordo de vontades, em nada se diferenciando dos demais doutrinadores, mesmo dos adeptos da teoria institucionalista, pois ninguém nega que o ato inicial do matrimônio decorre da manifestação expressa da vontade convergente dos nubentes (PEREIRA, 2011, p. 32).

Madaleno (2018), menciona que de acordo o Código Civil atual, a liberdade é da essência do casamento, pois, sem a incondicional declaração de vontade consciente de contraí-lo (art. 1535), não há matrimônio, devendo ser imediatamente interrompida a celebração, vedando-se a retratação no mesmo dia, caso a resposta seja negativa ou haja manifestação de arrependimento (art. 1538). Ademais, o consentimento maculado por vício de vontade traz a possibilidade de anulação do ato, dentro dos prazos decadenciais previstos no artigo 1560.

Já a união estável é uma forma de constituir família reconhecida pela Constituição Federal. Ainda que seja diferente, esse regime traz tantos deveres e direitos quanto o casamento e, por isso, é preciso conhecer bem suas regras antes de declará-la.

Para declarar a união estável é preciso comprovar que há uma relação afetiva entre duas pessoas que seja duradoura, pública e com o objetivo de constituir família. Contudo é preciso ficar atento às regras, pois a união estável não é comprovada apenas pela assinatura de um documento, assim como acontece no casamento.

Entretanto a união estável ainda poderá configurar-se mesmo que um de seus membros ainda seja casado, desde que antes de iniciar o companheirismo estivesse já separado de fato ou judicialmente do cônjuge; haja causa suspensiva, pois estaria apenas com intuito evitar a realização de núpcias antes da solução de problemas relativos à paternidade ou ao patrimônio familiar, visto que em nada influenciaria na constituição da relação convivencial (XAVIER, 2015).

É fato que, paulatinamente, as decisões judiciais passaram a reconhecer direitos àqueles que estão sob o escopo jurídico da união estável. O relacionamento informal entre homens e mulheres é inegavelmente um fato social e não foi inventado pela sociedade moderna. Em verdade, sempre existiu na humanidade e o casamento é apenas uma forma de legalização de tais situações, ou seja, o que hoje chamamos de união estável já preexistia no conceito de matrimônio.

## **2.2 Impedimentos matrimoniais no Código Civil de 2002 e a idade núbil**

Como impedimentos para o casamento, o art. 1.521 do Código Civil de 2002 traz um rol taxativo daquelas pessoas que não podem casar em determinados casos. As situações são tidas como de maior gravidade, envolvendo ordem pública, além dos

interesses das próprias partes, a saber:

- a) Não podem casar os ascendentes com os descendentes até o infinito, no caso de parentesco natural;
- b) Não podem casar os colaterais até terceiro grau;
- c) Não podem casar os afins em linha reta;
- d) Não podem casar o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; os ascendentes e descendentes em casos envolvendo a adoção; o adotado com o filho do adotante;
- e) Não podem casar as pessoas casadas;
- f) Não podem casar o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de



homicídio contra o seu consorte (CÓDIGO CIVIL de 2002, art. 1.521).

Código Civil de 2002 também iguala a idade núbil em 16 anos, tanto para homens quanto para mulheres. Isso porque a puberdade é apontada como um requisito para a constituição do casamento. O menor que tiver menos idade do que o limite mínimo para casar necessitará de autorização judicial, sempre atendendo ao seu melhor interesse (Código Civil, art. 1.520), condição, alterada pela lei 13.811/19 que proíbe o casamento de menores de 16 anos em qualquer situação, como se mostrado a frente.

Tartuce (2017), preceitua que, eventualmente, sendo celebrado o casamento sem a referida autorização judicial, o ato será considerado anulável, desde que proposta ação anulatória no prazo de cento e oitenta dias, pelo próprio menor, por seus representantes legais ou por seus ascendentes (Código Civil, art. 1.552).

Antes da alteração estabelecida pela Lei 13.811/19, constava no art. 1.551 do Código Civil que o casamento, por motivo de idade que dele resultou gravidez, não era necessária sequer a autorização do seu representante legal. A norma tinha justificativa na razão estar visando amparar a família pelo casamento, nos termos do art. 226, caput, da CF/1988.

Além dessa regra, enuncia o art. 1.553 da atual codificação material que o menor poderá, depois de completar a idade núbil, confirmar o seu casamento, com a autorização de seus representantes legais, se necessária, ou com suprimento judicial. Essa confirmação expressa está em sintonia com o art. 172 do CC/2002, segundo o qual "O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro".

Vale ressaltar que, o menor entre 16 e 18 anos não necessitava de autorização judicial para se casar, mas apenas do consentimento de seus pais ou outros representantes, caso dos tutores (art. 1.517 do CC). Trata-se de uma autorização especial, que não se confunde com assistência, tratada pela Parte Geral do Código Civil.

### **3. Novas configurações do casamento à luz da Lei 13.881/19: aplicabilidade ou simbolismo?**

Os menores recebem um tratamento específico quando se fala em capacidade para o casamento. Diante desse tratamento diferenciado, não podem ser invocadas as regras previstas para a teoria das nulidades na Parte Geral do Código Civil.

Para Venosa (2015), o casamento celebrado por menores, sejam eles absoluta ou relativamente incapazes, é nulo. Confrontando-se com o tratamento relativo aos demais negócios jurídicos, os contratos celebrados por menores de 16 anos, absolutamente incapazes sem a devida representação, são nulos (Código Civil, art. 166, inc. I).

Nessa perspectiva, a partir do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM através do projeto “Casamento de menor de 16 anos - Nulidade ou Anulação Lei 13.811/2019”, trouxe uma nova configuração para o casamento no que tange a idade.

O teor da referida lei é a seguinte:

Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil. Art. 1º O art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código (Lei 13.811/2019, art. 1º).

Nessa concepção a lei trouxe um teor bastante taxativo, pois consta a vedação expressa a qualquer tipo de exceção que atente ao casamento antes da idade núbil, motivo pelo qual optou-se por uma nova redação ao invés da revogação pura e simples do dispositivo, atente-se: “não será permitido, em qualquer caso” .

É inegável que esta lei trouxe o afastamento jurídico do casamento entre menores de idade, porém, é de se observar que, do ponto de vista cultural da sociedade, nem sempre as uniões acontecem por meio de uma aprovação jurídica, como é o caso da união estável, nessa contradição vale citar que:

[...] Como é notório, a união estável é tida como uma *união livre*, cujos elementos caracterizadores constam do art. 1.723 da codificação privada, segundo o qual é reconhecida como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, “configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. São seus elementos fundamentais, portanto: *a)* a convivência pública, no sentido de notória ou conhecida; *b)* a continuidade e certa durabilidade da união, o que não encontra previsão de um prazo mínimo na lei, demandando

análise casuística; c) o objetivo de constituição de família já presente no caso concreto (*intuitu familiae*), o que serve para diferenciar essa entidade familiar de um namoro ou de um noivado, hipóteses em que o objetivo é de constituição de uma família no futuro (TARTUCE, 2017, p. 49).

O casamento antes da idade núbil traz consigo grandes consequências, contudo ainda é uma realidade no Brasil,

"[...] explicações para o problema variam de acordo com o contexto e as soluções não podem ser de "tamanho único", embora existam diversas implicações potenciais a serem consideradas no contexto das uniões. As meninas podem estar mais propensas a abandonar a escola se: elas passarem por interrupções na vida escolar antes da gravidez; quando elas são a principal cuidadora dos filhos (comparativamente a aquelas que recebem ajuda nesse cuidado), quando elas consideram abandonar a escola antes mesmo de engravidar, uma vez que a gravidez raramente inibe "carreiras educacionais de sucesso moderado". Estudos complementares observam os efeitos da vizinhança e de fatores socioeconômicos em paralelo a discriminação (por exemplo, por parte da comunidade) sofrida pelas meninas por frequentarem a escola grávidas, ao passo que outros estudos apontam que meninas em idade escolar que engravidam tendem a abandonar os estudos (PROMUNDO, 2015, p.90).

Outro ponto a se considerar é que, sem a educação adequada e completa, as meninas têm menos chances de adquirir uma renda e de se proverem financeiramente tornando as meninas mais vulneráveis e dependentes de seus companheiros, caso eles se divorciem, as mulheres tendem a ter mais desafios econômicos.

Outros desdobramentos do casamento infantil são aumento do serviço doméstico, exclusão do mercado de trabalho e restrição da liberdade, segundo o estudo. Em alguns casos, o matrimônio resulta em violência, psicológica e física contra a mulher, ponto mais mencionado por agentes públicos e lideranças locais do que por meninas nas entrevistas, já que se trata de um assunto sensível (ALCÂNTARA, 2019, p. 22).

A publicação da Lei n. 13.811/19 surgiu através do resultado de uma pesquisa promovida por uma organização não governamental chamada Promundo que debatia a importância da proteção do casamento infantil e os fatores do Brasil ser o 4º lugar no ranking mundial em que as jovens se casam antes de completar 18 anos.

O número de casamentos e uniões gerais no Brasil, em 2016, foi de 1,09 milhão. Deste total, 137.973 incluíram meninas e meninos com até 19 anos. Contudo, chama a atenção a enorme diferença quando esse número é especificado por sexo: foram 28.379 uniões de meninos, contra 109.594 uniões de meninas (PLAN INTERNATIONAL, 2019).

Para Tartuce (2019), o casamento do menor de 16 anos, denominado por parcela da doutrina como *casamento infantil*, já era proibido pelo sistema jurídico, mesmo antes da mudança e como premissa geral, havendo apenas duas exceções previstas no anterior art. 1.520 do Código Civil que tinham sido sobremaneira mitigadas, a saber: *a)* para evitar a imposição e o cumprimento de pena criminal; e *b)* em caso de gravidez.

Ainda trazendo à baila os seguintes comentários:

[...] não se pode dizer que a alteração do art. 1.520 tenha criado hipótese de impedimento matrimonial. Primeiro, porque não houve qualquer inclusão nesse sentido no art. 1.521 do CC, sendo certo que os impedimentos não podem ser presumidos ou subentendidos, uma vez que a norma é restritiva da autonomia privada. Segundo, pelo fato de se tratar de hipótese de incapacidade que já estava prevista no sistema, pelo art. 1.517 do Código Civil. Terceiro, porque os impedimentos são específicos, o que não é o caso (TARTUCE, 2019, p. 1).

Do ponto de vista jurídico o casamento tem um significado social que reporta uma união com segurança, mas o fato é que, esta lei ainda não consegue abarcar as relações com vínculo estável entre menores de idade e também não trouxe em seu texto as sanções previstas, ficando ainda em prevalência o art. 1.550, onde se menciona que é anulável o casamento de quem não completou a idade mínima para casar.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O casamento é minuciosamente disciplinado pela legislação civil, em contraponto à união estável nascida da mais absoluta informalidade. E é esse tipo de união que se encontra muitos casais em idade inferior a idade considerada núbil, ou

seja, dezesseis anos. E em tempos de maior afrouxamento dos costumes e das leis conjugais a união estável é considerada uma entidade familiar.

É evidente que no Brasil há um grande número de casais que vivem no formato de união estável aguardando a idade núbil para transformar a união em um arranjo familiar juridicamente aceitável.

Contudo, a questão do casamento antes da idade núbil envolve vários fatores dentre eles a pobreza, o precário acesso educação e ainda o patriarcalismo arraigado à concepção de família.

Ao se tratar neste estudo sobre a aplicabilidade ou simbolismo da lei 13.811/2019 que estabelece que não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, pretendeu-se colocar em relevo a questão das uniões informais, ou seja a união estável, visto que essa lei não chegará nesse tipo de arranjo familiar e como demonstrado é muito o número de uniões desse tipo no Brasil entre pessoas abaixo da idade núbil.

## 5 REFERENCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: abril de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Editora Saraiva. 1988.

BRASIL. Lei 13811/19 **Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2019/lei-13811-12-marco-2019-787790-norma-pl.html>. Acesso em abril de 2020.

CASTELLS, Manoel. O poder da identidade. In: FLAUSINO, Márcia Coelho. Mídia: **Sexualidade e identidade de gênero**. Trabalho apresentado no NP. 13 - Núcleo de Pesquisa Comunicação das minorias, XXV Congresso anual em Ciência da Comunicação – Salvador. 2002

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**. Lisboa, Livros do Brasil, 2003.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HARTMANN, Heidi. **Capitalismo, patriarcado e segregação de empregos por sexo**. In: Zillah R. (Ed.). Patriarcado capitalista e o caso do feminismo socialista. Nova York: Monthly Review Press, 1997.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 10ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

PLAN INTERNATIONAL. **Tirando o véu. Estudo sobre casamento infantil no Brasil** (2019). Disponível em: [https://plan.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Estudo-Casamento-Infantil-Brasil\\_final.pdf](https://plan.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Estudo-Casamento-Infantil-Brasil_final.pdf). Acesso em maio de 2020.

PROMUNDO. **Prevenção do casamento infantil** (2015). Disponível em: <https://promundo.org.br/?s=casamento+infantil>. Acesso em maio de 2020.

TARTUCE, F. **Direito Civil: Direito de Família**. 12 ed. São Paulo: Método, 2017.

TARTUCE, Flávio. **A Lei n. 13.811/2019 e o Casamento do Menor de 16 Anos. Primeiras Reflexões**. (2019). Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/03/28/a-lei-n-13-811-2019-e-o-casamento-do-menor-de-16-anos-primeiras-reflexoes/>. Acesso em maio de 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VILLELA, João Baptista. **Alimentos e sucessão entre companheiros: apontamentos críticos sobre a Lei nº. 8.971/94**. Repertório IOB de Jurisprudência, nº 7/95, p. 119-113, 1ª quinzena abr. 2010.

WALD, A.; FONSECA, Priscila M.P. Corrêa da. **Direito Civil: Direito de Família**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

XAVIER, Fernanda Dias. **União estável e casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade**. Brasília: TJDF, 2015.



NOTA:

[1] Especialista em Direito civil e advogada. Professora do curso de direito da Faculdade Serra do Carmo – Fasec. [profkellynogueira@gmail.com](mailto:profkellynogueira@gmail.com)

## **A LITIGIOSIDADE NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA MULTIPLICAÇÃO DOS DIREITOS E DA IMPLEMENTAÇÃO DA TERCEIRA ONDA DE ACESSO À JUSTIÇA**

**LUIZA BESKOW PELEGRINI:**

Mestranda em Direito Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP e advogada.

**Resumo:** O presente artigo pretende estudar, de maneira introdutória, a universalização e a multiplicação dos direitos sob a égide das três ondas renovatórias de acesso à justiça, bem como busca entender a eclosão da litigiosidade no Brasil. Analisa, a Constituição Federal, a lei infra-constitucional e, também, a doutrina. Ainda, busca-se compreender melhor a necessidade de implementação da terceira onda renovatória de acesso à justiça com a utilização de meios autocompositivos, como a mediação e a conciliação. Ademais, pretende-se desenvolver um raciocínio lógico a partir da construção de uma teoria da argumentação jurídica capaz de solucionar a litigiosidade sob a ótica da mudança de paradigma, passando-se da cultura da sentença para a cultura da paz. Assim, a pesquisa constata que o novo Código de Processo Civil, ao adotar a consensualidade, enfatiza a necessidade da aplicação correta da justiça dita "multiportas". Assim, vislumbrou-se que é necessário realizar uma reflexão acerca da necessidade da implementação efetiva da terceira onda de acesso à justiça, fomentando a cooperação procesual, com a introdução paulatina do hábito de resolver os conflitos antes de ocorrer a litigiosidade acirrada, trilhando um caminho de pacificação dos conflitos. A metodologia utilizada privilegia o método de abordagem hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça; Ondas; Litigiosidade; Multiportas; Consensualidade.

**Abstract:** This article intends to study, in an introductory way, the universalization and multiplication of rights under the aegis of the three renewal waves of access to justice, as well as to understand the outbreak of litigation in Brazil. It analyzes the Federal Constitution, the infra-constitutional law and also the doctrine. Still, we seek to better understand the need to implement the third renewal wave of access to justice through the use of self-composing means, such as mediation and conciliation. Moreover, it is intended to develop a logical reasoning from the construction of a theory of legal argumentation capable of solving litigation under the perspective of paradigm shift, moving from the culture of the sentence to the culture of peace. Thus, the research finds that the new Code of Civil Procedure, by adopting consensus, emphasizes the need for the correct application of so-called "multiport" justice. Thus, it was seen that it is necessary to reflect on the need for the effective implementation

of the third wave of access to justice, fostering procedural cooperation, with the gradual introduction of the habit of resolving conflicts before fierce litigation occurs, following a path pacification of conflicts. The methodology used privileges the hypothetical-deductive approach method and the bibliographic research.

**Keywords:** Access to Justice; Waves; Litigation; Multiports; Consensuality.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui o condão de analisar a universalização e a multiplicação de direitos a partir do século XX e como esse fenômeno foi o responsável por, mais tarde, ocasionar uma litigância judicial em larga escala no Brasil, pretendendo ser solucionada com a efetiva implementação da terceira onda de acesso à justiça e a justiça chamada de “multiportas”, que tem como basilar a consensualidade prévia e adequada ao caso em concreto, evitando processos judiciais que se perpetuam no tempo.

Para tanto, analisar-se-á as três ondas renovatórias de acesso à justiça, com a finalidade de verificar a origem e os seus desdobramentos no processo. Na sequência, no segundo tópico, verificar-se-á a eclosão da litigiosidade no Brasil e a problemática acerca dos mecanismos de justiça. Por fim, concluir-se-á a necessidade da implementação da terceira onda de acesso à justiça para buscar a consensualidade na relação processual, mais voltada para a cultura da paz e evitando a cultura da sentença, que leva tempo e desgasta os partícipes da lide.

Assim, a presente pesquisa restou estruturada de modo a realizar uma pesquisa, para verificar, com base na estruturação de premissas, que é necessária a ampliação da consensualidade processual e a utilização da mediação e da conciliação para que justamente o processo se resolva de maneira rápida, efetiva e prévia, para evitar os litígios que costumam durar anos e anos no judiciário brasileiro, respeitando, assim, o princípio processual da celeridade.

Espera-se, nesta senda, construir uma argumentação jurídica capaz de demonstrar que devemos realmente efetivar os ditames dispostos no Código de Processo Civil, utilizando a consensualidade em consonância com a justiça multiportas e efetivando a terceira onda de acesso à justiça.

No que se refere a metodologia utilizada, privilegia-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

## 2 A UNIVERSALIZAÇÃO E A MULTIPLICAÇÃO DOS DIREITOS: AS TRÊS ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA

No século XX ocorre o desenvolvimento teórico e prático dos direitos humanos em duas direções: a universalização e a multiplicação. Observa-se, assim, o fenômeno da multiplicação de direitos com a proliferação de novos bens e interesses jurídicos, ocorrendo, de maneira inteligível, o maior número de processos em tramitação no Brasil.

Para que se possa entender, de forma mais concreta, a universalização e a multiplicação de direitos, necessário se faz estudar as chamadas “ondas renovatórias de acesso à justiça”, em que foi realizado um estudo nos sistemas jurídicos de 23 países, nos anos de 1973 até 1978, que foi chamado de “Projeto Florença”, partindo dos óbices do acesso à justiça. O relatório do estudo foi publicado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, sob o título “acesso à justiça”, em que são explicadas as três ondas renovatórias.

À vista disso, a primeira onda de acesso à justiça diz respeito a impossibilidade dos pobres acessarem o judiciário, sendo dever do Estado estudar mecanismos e desenvolver estratégias para efetivar o direito de acesso à justiça aos impossibilitados de tê-la de maneira concreta e efetiva.

Desta forma, necessário se faz a implementação da assistência judiciária e da justiça gratuita aos pobres, para que estes pudessem ter seus direitos tutelados pelo Poder Judiciário. O Brasil foi um dos percussores no que se refere à implementação da primeira onda de acesso à justiça, pois com a promulgação, em 1950, da Lei 1.060/1950, estabeleceu-se normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Ainda, passados mais de 40 anos, a criação das Defensorias Públicas da União e dos Estados corroboraram para a implementação da primeira onda de acesso à justiça no país, pois conferiu a possibilidade para que os cidadãos hipossuficientes pudessem ser atendidos por advogados públicos, de maneira gratuita e de forma integral.

Assim, observa-se que com a ocorrência da primeira onda renovatória de acesso à justiça, bem como com a ocorrência da maior efetividade e proteção dos direitos, iniciou-se a eclosão da litigiosidade no Brasil.

*A posteriori*, no que se refere ao fenômeno da segunda onda renovatória de acesso à justiça, que tentou minimizar os efeitos da proliferação de ações individuais, percebeu-se a normatização da tutela coletiva. À vista disso, verifica-se que a tutela coletiva teve seu início com a Lei da Ação Civil Pública, com a Lei da Ação Popular e o próprio Código de Defesa do Consumidor.

Maria Cecília de Araujo Asperti (2017) analisa a questão da promulgação das leis acima referidas sob a perspectiva da abertura das portas do judiciário para a

tutela coletiva de direitos, regulamentando, no caso do Código de Defesa do Consumidor, os direitos dos consumidores, sua defesa em juízo e a tutela transindividual desses direitos, ampliando a atuação do Judiciário com a constitucionalização de direitos sociais e coletivos, conferindo guarida para as garantias processuais, como o acesso à justiça, devido processo legal, ampla defesa, contraditório etc.

Sob a perspectiva brasileira, Cândido Rangel Dinamarco dispõe sobre a segunda onda renovatória de acesso à justiça:

A segunda onda renovatória o direito brasileiro manifestou adesão também já a partir da década de 80, mediante a edição da Lei da Ação Civil Pública. Chegava então a nós a onda consistente na abertura da Justiça a valores transindividuais, com renúncia à rigidez do individualismo reinante desde as origens. A onda de *coletivização da tutela jurisdicional* foi adiante quando sobreveio o Código de Defesa do Consumidor e, em sua esteira, outros diplomas também voltados à tutela coletiva, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (LGL\1990\37) e o dos Portadores de Deficiência Física. E a nossa geração, que tinha no espírito outros conceitos e outra percepção do processo e da missão do Poder Judiciário, assistia atônita a toda essa transformação. Assistia, mas não só assistia. Assistia e também participava. Foi grande a participação dos processualistas na elaboração daqueles estatutos inovadores, havendo eles próprios levantado a bandeira das inovações. Particpei eu próprio da elaboração do anteprojeto da Lei das Pequenas Causas, em uma comissão na qual se destacava o idealismo de Kazuo Watanabe pela remoção dos perversos inconvenientes da *litigiosidade contida*. Veio depois a comissão que apresentou o primeiro anteprojeto da Lei da Ação Civil Pública, marco histórico de outra postura idealista palpitante ainda hoje, com destaque para a fértil produção de Ada Pellegrini Grinover. Essa segunda onda, a onda da coletivização do exercício da jurisdição, ainda não se exauriu e está muito longe de exaurir-se - sendo uma realidade o Projeto de Código de Processo Coletivo, no presente em tramitação no Congresso Nacional (RANGEL, 2009, p. 02, grifo do autor).

Já a terceira onda renovatória de acesso à justiça, repercute-se no âmbito da adoção de formas diversas de solução da lide, diferentemente da visão do processo judiciário comum, como a utilização da mediação, da conciliação e da arbitragem. Assim, o objetivo principal cinge-se na ideia de solucionar pequenos conflitos por meios de alternativas, uma justiça denominada de multiportas, que pode vir a combater, se aplicada de maneira adequada, o grande número de processos em tramitação no Brasil.

Conforme Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior:

Neste contexto, a terceira onda renovatória de Cappelletti e Garth busca instrumentos que assegurem o aprimoramento da tutela jurisdicional como um meio para a ampliação de formas pelas quais haja o acesso à Justiça, de tal modo que, a construção de instrumentos processuais, seja por meio do legislador processual, seja por meio do juiz, é um meio de implementação da terceira onda renovatória para propiciar o acesso à Justiça, garantido o efetivo acesso a uma ordem jurídica justa, pois será assegurado que o processo corresponda às exigências do direito material. Assim, para a terceira onda renovatória de Cappelletti e Garth, um dos meios de se promover o acesso à Justiça ocorrer por meio da criação de tribunais especializados a fim de promover, sobretudo, a tutela jurisdicional dos demandas relativas aos juizados especiais para pequenas causas, direitos do consumidor e direitos difusos e coletivos (TEÓFILO JÚNIOR, 2018, p. 05).

Mauro Cappelletti (2014, p. 02) chama a terceira onda de acesso à justiça de terceiro obstáculo no íterim do acesso à justiça como movimento de reforma, asseverando que “o terceiro obstáculo, mais diretamente relacionado com os métodos alternativos de solução de conflitos, em sentido técnico, é o que proponho denominar de processual, porque significa que, em certas áreas, são inadequados os tipos ordinários de procedimento.”

Assim, as três ondas renovatórias de acesso à justiça de Mauro Cappelletti e Bryant Garth se mostram, primeiramente, como uma proteção ao indivíduo para acessar o judiciário – à exemplo da primeira onda – e, posteriormente, uma alternativa à litigiosidade verificada no transcurso temporal – à exemplo da segunda e da terceira onda.



### **3 A ECLOSÃO DA LITIGIOSIDADE NO BRASIL: UMA PROBLEMÁTICA ACERCA DA GESTÃO DOS MECANISMOS DE JUSTIÇA**

A eclosão da litigiosidade no Brasil deu-se, em verdade, pela multiplicação e universalização de direitos que ocorreu depois da redemocratização, em 1985, e, principalmente, depois Constituição Federal de 1988, em que se garantiu, em um rol taxativo e exaustivo, diversos direitos fundamentais aos cidadãos. Nesta senda, ocorreu um engrandecimento e fortalecimento do Poder Judiciário – assim como ocorreu com o legislativo e o executivo –, uma instituição que foi fortalecida com a Constituição, para garantir o efetivo cumprimento da lei.

Todavia, essa multiplicação de direitos é uma via de mão dupla, vez que os cidadãos, após um longo período de ditadura civil-militar, começaram a ingressar no judiciário com mais animosidade e com mais frequência, por justamente saberem que é o Estado/Juiz o garantidor na eventualidade da ocorrência do desrespeito a um direito individual ou coletivo. Atualmente, estima-se que a cada três pessoas, uma delas têm processo em tramitação sem trânsito em julgado.

No Brasil, pelos dados do CNJ – através do “Justiça em Números” –, chegou-se ao patamar de 80,1 milhões de processos que aguardam uma solução definitiva. A eclosão da litigiosidade verifica-se, como mostrado pela primeira onda de acesso à justiça e também pela implementação da Constituição Federal no Brasil, garantindo maiores direitos e possibilidades de ingresso ao judiciário, como no caso da implementação do Juizado Especial Cível, a ocorrência de uma morosidade sem precedentes, não garantido, assim, o efetivo direito à duração razoável do processo e a celeridade processual adequada, institutos garantidos no Código de Processo Civil.

À luz do entendimento de Nelson Nery Junior (2016) o Estado brasileiro pode, inclusive, responder pela duração exagerada do processo, sendo esta uma violação iminente dos direitos humanos, utilizando-se do exemplo da lei da Itália, que garante que o Estado italiano responda pelos danos causados pela duração exagerada do processo.

O nosso sistema processual civil, apesar de ter técnicas para garantir a tutela coletiva de direito, calca-se, primordialmente, pela tutela individual de direitos, muito por culpa no nosso microsistema de processos coletivos que não é pensado da forma correta, privilegiando a individualidade de acesso à justiça, rechaçando-se a técnica do *opt-in*.

Justamente por isso verifica-se a eclosão da litigiosidade individual. Nas palavras de Heitor Vítor Mendonça Sica (2017, p. 03):

Por força desse e de outros fatores, o Poder Judiciário brasileiro, desde meados da década de 1990, passou a enfrentar um quadro crônico de congestionamento, que pode ser atribuído em grande medida à litigiosidade repetitiva. Essa afirmação se baseia em alguns dados estatísticos do Conselho Nacional da Justiça (CNJ), que se propôs a identificar os “100 maiores litigantes do Brasil”. Constatou-se que 79,23 milhões de processos (num universo de aproximadamente de 83,4 milhões), tem em um dos seus polos um desse seletivo grupo de litigantes habituais, destacando-se nesse universo os entes da Administração Pública, direta e indireta, em esferas federal, estadual e municipal, (51%), bancos (38%) e empresas de telefonia (6%). Esses sujeitos seriam candidatos naturais a serem réus em processos coletivos, pois se relacionam necessariamente com pluralidades indetermináveis de indivíduos. Contudo, em vez disso, tornam-se parte de milhões de processos individuais.

Ainda, os indivíduos também carregam uma efetiva culpa para que o judiciário seja moroso, pois se percebe que estes ingressam com causas ínfimas e de fácil solução consensual, somente por amor ao debate, bem como por cultuar o entendimento de que o somente o Estado/Juiz seria capaz de resolver determinada lide, tanto é verdade que muitas vezes verifica-se a célebre frase advinda de um cidadão, que quer mostrar que o judiciário poderia resolver determinado imbróglio, quando este diz: - “Eu sei os meus direitos, vou procurar a Justiça.”

Verdade é que os conflitos humanos, por vezes menos complexos, sendo possíveis de solução fora do Judiciário, são levados à baila da “justiça”, ocasionando, de maneira inteligível, a litigância repetitiva e, como consequência, o assoberbamento dos próprios mecanismos de justiça.

Como bem elucida Giovani dos Santos Ravagnani e Marceley Ferreira Rodrigues (2019, p. 02):

No Brasil, referido fenômeno é impulsionado, além de tudo, pelo grau de importância que se dá à figura do Estado, que, em muitas vezes, pelas mãos do Poder Judiciário, é colocado para resolver o problema entre dois indivíduos tal qual uma mãe se coloca entre o conflito de seus filhos, uma vez que os filhos não conseguem se resolver sem o envolvimento de um terceiro, hierarquicamente superior. Em linhas gerais, o brasileiro se

conforta com a bênção estatal na resolução de seus conflitos e tende a supervalorizar essa opção.

Nesta senda, verifica-se que somente com um Estado efetivamente engajado em dar solução ao problema da morosidade do poder judiciário e da solução das controvérsias é que se poderão pretender soluções sérias e eficientes ao problema, atuando na implementação das novas possibilidades trazidas pela terceira onda renovatória de acesso à justiça.

Sob o égide da interpretação de Alexandre Freitas Câmara (2013) é de suma necessidade a criação (ou evolução) da cultura da autocomposição no Brasil, sob pena da perpétua reclamação do excesso de processos que chegam ao Judiciário, do excesso de litigiosidade e da incapacidade do Estado de dar solução adequada a tudo que a ele é levado.

Sabe-se que o direito e o processo pertencem à cultura do povo, sempre sujeita aos fatos da vida social, estando, assim, em constante movimento, sendo modificado pela própria experiência do ser humano. Assim, o processo deve se adaptar às inovações da sociedade, tentando evoluir e transmutar-se.

No que se refere a questão cultural, Sérgio Cruz Arenhart (2014, p. 67) assim leciona:

O grau de litigiosidade de um povo, o seu conhecimento a respeito dos próprios direitos e a orientação do Poder Judiciário em relação ao serviço a ser prestado têm relevância muito maior, até porque esses elementos são capazes de plasmar os outros dois, aparando eventuais arestas e defeitos destes outros. [...] Todavia, o baixo grau de instrução do povo brasileiro em geral e o pequeníssimo nível de conhecimento a respeito dos seus direitos é algo de conhecimento geral e que, seque, exige demonstração. Também carece de maior demonstração a conclusão de que o Brasil não tem o hábito de recorrer a vias alternativas de resolução de controvérsias, o que poderia prestar-se para absorver ao menos parte da demanda social exigente.

O direito processual deve estar preparado para enfrentar um contingente populacional mundial que ultrapassa o patamar de seis bilhões de pessoas, as relações de massa expandem-se continuamente, bem como o alcance de problemas correlatos, frutos do crescimento da população, dos meios de comunicação e de

consumo. Multiplicam-se as lesões sofridas pelas pessoas, decorrentes de circunstâncias de fato ou relações jurídicas comuns.

Neste íterim, busca-se, em verdade, a desjudicialização das relações, priorizando um sistema resolutivo de conflitos, em que cada causa seja tratada da maneira adequada, buscando resolvê-la o quanto antes possível, para que o conflito entre as partes não perpetue-se no tempo, trazendo consequências sistêmicas para todos os envolvidos na relação.

Marco Félix Jobim (2012, p. 136) entende que é necessário repensar o processo a partir de novas inovações e mudanças, asseverando que por isso “devem-se abrir os horizontes para que novas concepções auxiliem como forma de melhoria, uma vez que se não houver mudanças, principalmente iniciando pelo próprio pensamento do homem, as soluções pensadas não sairão do papel [...]”

Desta forma, a desjudicialização somente poderá ser concretizada com a efetiva aplicação da terceira onda de acesso à justiça, conforme supramencionada, em que se busca métodos alternativos à resolução de conflitos, migrando da cultura do conflito à cultura da paz, cuja finalidade é, além de resolver de maneira célere a lide, desafogar o judiciário com processos longos que poderiam ser resolvidos rapidamente se as partes pudessem ter a oportunidade de dialogar da maneira correta, o que justamente os CEJUSC’s espalhados pelo Brasil buscam fazer.

#### **4 UMA REFLEXÃO ACERCA DA NECESSIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO EFETIVA DA TERCEIRA ONDA DE ACESSO À JUSTIÇA: DO CÓDIGO À PRÁTICA**

No Brasil, o novo Código de Processo Civil adotou a consensualidade como princípio norteador de todo o sistema jurídico processual, buscando, sempre que possível e viável, a adoção de métodos que vislumbrem a cooperação entre todos os sujeitos processuais, um claro fomento à consensualidade.

À luz de Mauro Cappelletti (2014, p. 5):

Essa idéia [sic] decerto não é nova: a conciliação, a arbitragem, a mediação foram sempre elementos importantes em matéria de solução de conflitos. [...]. Os métodos alternativos de solução de conflitos constituem uma área na qual a Fundação Ford já em 1978 promovia programa pioneiro, que desencadeou ampla procura daquilo a que chamou “novos enfoques da solução de conflitos”, com particular atenção para “conflitos complexos sobre políticas públicas, “conflitos regulatórios”, “conflitos oriundos de programas de bem-estar

social”, tudo com a finalidade de “encontrar caminhos para tratar de conflitos fora do sistema formal”. O que se emergiu dessa pesquisa foram especialmente formas conciliatórias, não contenciosas, de alternativas, assim como tribunais especiais, frequentemente integrados por juízes leigos. No Projeto Florentino de Acesso à Justiça, dedicou-se todo um volume (vol. 2, em dois tomos) a tal pesquisa. Os exemplos são inumeráveis e de variadíssimas espécies. Sobressai a conciliação. O que se deve preliminarmente dizer é que, embora nos dois últimos séculos, pouco mais ou menos, as civilizações ocidentais tenham glorificado o ideal de lutar pelos direitos de cada qual (o famoso Kampf ums Recht de Jhering), conviria admitir que, em certos setores, um enfoque diferente – a que costumo chamar “Justiça coexistencial” – pode ser preferível e mais apto para assegurar o acesso à Justiça.

A adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos surgiu no direito norte-americano e foi popularizado a partir da expressão *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*), tendo seu marco inicial nos movimentos sociais que tinham por meta a afirmação dos direitos civis. Segundo Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini (2012), o movimento da solução alternativa de conflito teve consagração também a partir dos agentes econômicos, eis que estes viram nos *ADR's* uma maneira rápida e barata de se obter uma solução de controvérsias no mundo dos negócios.

O modelo cooperativo, adotado a partir do Código de Processo Civil de 2015, distancia-se do modelo adversarial adotado no Código de Processo Civil de 1973, pois as partes tornam-se atores principais do processo, conectando-se ao princípio da relação dialogada. O novo Código de Processo Civil seguiu, em verdade, uma tendência mundial de consensualidade no Processo Civil mundial, como na Inglaterra (*case management*) e em Portugal (princípio da adequação formal), em que a relação processual se mostra mais horizontal do que verticalizada.

Por este norte, João Luiz Lessa Neto (2015, p. 02) leciona:

O sistema processual civil brasileiro, a partir de uma decisão política que culmina com o Novo Código de Processo Civil – NCPC, passou a seguir o modelo multiportas de resolução de disputas. Consoante este modelo, cada disputa deve ser encaminhada para a técnica ou meio mais adequado para a sua solução. A mediação e a conciliação passam a ser fortemente estimuladas, num esforço de aproximação das partes e de

empoderamento dos cidadãos, como atores da solução de seus conflitos. Trata-se de uma mudança de grande envergadura em todo o funcionamento do sistema de justiça civil brasileiro. É uma mudança de concepção, que reclama uma mudança na estrutura funcional e física dos fóruns e tribunais brasileiros e que, igualmente, requer uma modificação cultural e de formação dos operadores jurídicos.

Logo de início, o Código de Processo Civil de 2015 já enfatiza a adoção da consensualidade, pois no art. 3º, § 2º, dispõe que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e o § 3º assevera no mesmo sentido, dispondo que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

Sob o mesmo prisma, o art. 6º do CPC é assertivo quando trata do modelo colaborativo, eis que assevera que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Verifica-se, portanto, a sensibilidade adotada no Código de Processo Civil para a resolução consensual dos conflitos, mudando a perspectiva do processo, do modelo “ganha-perde” para o modelo “ganha-ganha”, onde as partes têm o dever fundamental de dialogarem para chegar em um consenso amigável.

Já no que se refere ao tratamento adequado dos conflitos, o Poder Judiciário, a partir do Conselho Nacional de Justiça e da Resolução 125/2010, instituiu a chamada Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, que instituía a necessidade do Poder Judiciário oferecer às partes meios consensuais de solução de controvérsias, como a mediação e a conciliação. Essa resolução serviu como um parâmetro para o Código de Processo Civil de 2015 também adotasse tais mecanismos de solução adequada de conflitos, a qualquer tempo processual.

Paulo Eduardo Alves da Silva (2012, p. 09) explica a importância da Resolução 125 do CNJ:

O Conselho Nacional de Justiça, recém-instituído, apoiou iniciativas setorializadas e formalizou as bases para uma política nacional de resolução de conflitos, centrada na integração entre os mecanismos formais e decisoriais aos mecanismos baseados em consenso. Segundo suas próprias justificativas, a Resolução n. 125 do CNJ significou, neste aspecto, mais do que



um marco legal que permitiu a instalação de setores de conciliação junto aos fóruns. Tratou-se do marco de uma política pública judiciária, pela qual a resolução consensual dos conflitos seria paulatinamente organizada na sociedade civil a partir do próprio Poder Judiciário. A partir dele, os tribunais organizaram os seus setores de conciliação judicial e, em alguns casos, capitanearam a organização de núcleos comunitários de solução de conflitos. E é este o ponto em que hoje se encontra o movimento em prol dos ADR no Brasil: constatado que a questão é de cultura jurídica, mais que de carência legislativa, parte-se para as políticas públicas de apoio e disseminação da resolução consensual. Uma das medidas, talvez a mais frutífera, é o investimento na formação de base dos atores do sistema de justiça, para instrumentalizá-los com cultura e técnicas que permitam operar métodos variados e adequados conforme o conflito em questão (grifo nosso).

Lessa Neto (2015, p. 04) assevera que a Resolução supracitada “estabeleceu uma política nacional para o tratamento adequado de conflitos no âmbito do Poder Judiciário. Ou seja, o Poder Judiciário não é mais um local apenas para o julgamento, mas para o tratamento adequado de conflitos.” Outrossim, o “tratamento adequado significa perceber as particularidades de cada caso e as potencialidades de cada técnica e meio. Não se trata de uma mera questão semântica, mas do próprio paradigma organizacional da sociedade civil.”

Neste viés, o art. 165. do Código de Processo Civil impõe ao Poder Judiciário a necessária criação de centros de solução consensual de conflitos, discorrendo que “os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.”

Certo é que a legislação processualista preocupou-se, de maneira severa, com a implementação da terceira onda renovatória de acesso à justiça, pois além de impor a implementação destes centros judiciários para a solução amigável de conflitos, determinou a necessidade de realizar audiências de conciliação (quando não há vínculo entre as partes) e mediação (quando há vínculo entre as partes) antes da audiência de instrução, com o claro objetivo de solucionar a lide muito antes da audiência de instrução e julgamento.

Segundo Asperti (2017, p. 09):

A preocupação com o efetivo acesso à justiça permeou algumas das mais importantes reformas processuais dos últimos anos. Ainda que diferentes diagnósticos e agendas de pesquisa tenham embasado essas reformas, esteve presente a noção de que o efetivo acesso depende da remoção dos diferenciados óbices que se colocam entre o indivíduo e o acesso à justiça (ordem jurídica justa), o que significa dizer que cada pessoa deve conseguir acessar um sistema que lhe proporcione iguais condições para dele obter uma efetiva tutela de direitos.

Neste norte, pode-se chamar a fase atual da justiça de multiportas, uma vez que pretende dar a solução adequada para cada caso em concreto. A utilização da autocomposição mostra-se como uma verdadeira revolução processual, pois se amolda a cada caso, verificando se em determinada situação é possível a utilização da conciliação ou da mediação de conflitos.

Paulo Afonso Brum Vaz (2011, p. 01) compartilha seu entendimento sobre a conciliação, asseverando que com ela “abre-se uma nova e mais eficaz técnica de gestão do processo, que é a consensual, possibilitando ao Poder Judiciário prestar um serviço mais qualificado e melhorar o atendimento e o nível de satisfação dos seus usuários.”

Já no que se refere a mediação, Adolfo Braga Neto (2012, p. 107) enfatiza que esta busca a promoção do “resgate do respeito das individualidades de todos, sempre a partir de seus limites e perspectivas pessoais individuais” e que “por isso, vários autores identificam seu caráter didático na gestão dos conflitos, pois muitas vezes as pessoas passam a prevenir de maneira mais frequente futuros conflitos entre elas.”

Desta forma, os meios autocompositivos de conflitos refletem a real necessidade de adequação do sistema judiciário como um todo, devendo-se criar, em todo o Brasil, mais centros de mediação e conciliação, investindo em profissionais capazes de tratar os conflitos da maneira correta, deixando a figura do Estado/Juiz o tanto quanto possível de lado, focando na resolução de conflitos para que a própria população crie uma mentalidade voltada à consensualidade e a cooperação processual como formas apropriadas de resolver os problemas, o que pode servir para barrar a continuação do processo judicial, gerando uma economia processual sem precedentes, diminuindo, de forma gradativa, os processos que perduram anos esperando uma sentença no judiciário.

Assim, em que pese o nosso sistema processual estar avançado em termos de aplicação da terceira onda renovatória de acesso à justiça, ainda há muito trabalho pela frente, tanto na criação e ampliação de CEJUSC's em todo o Brasil, como na efetivação da mediação e conciliação da maneira correta, deixando a cargo do mediador e conciliador judicial a tarefa de tentar resolver a lide de maneira eficaz, gerando, por consequência lógica, a diminuição de processos em tramitação.

Por fim, necessário se faz a introdução paulatina do hábito de resolver os conflitos antes da litigiosidade acirrada, trilhando um caminho de pacificação dos conflitos. Assim, como bem ensina Fernanda Tartuce (2012, p. 153) “para mudar o padrão de comportamento, porém, deverá ser envidado grande esforço coletivo. Não basta mobilizar apenas um dos elos; a adoção de técnicas diferenciadas exige significativa mudança de postura de todos os integrantes da cadeia do conflito [...]”

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo teve como escopo o estudo da universalização e da multiplicação de direitos a partir do século XX, bem como pretendeu analisar as três ondas renovatórias de acesso à justiça, fruto de um estudo realizado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Assim, foi analisada a Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Civil de 2015 e a doutrina acerca do tema.

Ainda, abordou-se que com a positivação de mais direitos a partir da Constituição Federal, os cidadãos começaram a assoberbar o judiciário com vários processos, gerando a eclosão da litigiosidade e a falta de mecanismos para lidar com toda essa problemática.

Ademais, verificou-se que as lides poderiam ser facilmente sanadas com a consensualidade e foi justamente por isso que o novo Código de Processo Civil adotou esta como princípio norteador de todo o sistema jurídico processual, buscando a adoção de métodos que vislumbrem a cooperação entre todos os sujeitos processuais, um claro fomento à resolução rápida da lide, gerando economia processual e um alívio para o judiciário em si.

Em síntese, o presente artigo teve a intenção de demonstrar, a partir da construção da argumentação jurídica e de uma análise procedimental e lógica, que se faz necessária a efetiva implementação da terceira onda de acesso à justiça, saindo do Código de Processo Civil para se tornar prática, acarretando no dever do judiciário adequar-se para a resolução da lide através dos meios autocompositivos de conflitos.

## REFERÊNCIAS

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Litigiosidade Repetitiva e a Padronização Decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do judiciário. **Revista de Processo**. Vol. 263/2017. P. 233 – 255. Jan/2017. DTR/2016/24933.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: Unb, 1999.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos: conceito e técnicas. In. SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Método, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Mediação e conciliação na Res. 125 do CNJ e no Projeto de Código de Processo Civil. In. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **\\\\\\: jornadas brasileiras de direito processual: homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. Revista de Processo. Vol. 74/1994. p. 82-97. Abri – jun. 1994. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação. Vol. 6/1994. p. 281 – 302. Set/2014. DTR/1994/179.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CHEDID, Luciano; WEBER, Adriana. **Noções introdutórias de teoria geral do processo**. 2. Ed. Rev. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

**DINAMARCO, Cândido Rangel. Homenagem a Ada Pellegrini Grinover**

**Revista de Processo** | vol. 176/2009 | p. 275 - 282 | Out / 2009 | DTR\2009\80.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; PICCHI NETO, Carlos. Acesso à justiça e abuso do direito de ação. **Revista Jurídica**, São Paulo, v.64, n.465, p. 57-77, jul. 2016.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Terceira onda renovatória e a instituição de varas especializadas em recuperação judicial e (auto)falência. Third Renewal Wave and the Institution of Specialized Courts for Judicial Reorganization and Bankruptcy. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa** | vol. 8/2018 | Abr - Jun / 2018 | DTR\2018\14255.

LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?! **Revista de Processo**, 2015. RePro vol. 244 (Junho 2015).

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. "Sistema multiportas": opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In. SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Método, 2012.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MITIDIEIRO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Audiência de conciliação ou de mediação: o art. 334 do CpC/2015 e a nova sistemática do acordo judicial. In. **Processo em jornadas**. Coordenadores: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo e ORTHMANN, André. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos; RODRIGUES, Marcelly Ferreira. Seleção do caso piloto nos recursos repetitivos, litigância repetitiva e o grande litigante. **Revista de Processo**. Vol. 291/2019. P. 229-261. Maio/2019. DTR/2019/27878.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. **Processo civil coletivo e sua efetividade**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012

SICA, Heitor Vítor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015. Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil. Vol. 7/2018. **Revista de Processo**. Vol. 257/2016. P. 269 – 281. Jul. 2016. DTR/2016/21690.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In. SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. In. **Processo em jornadas**. Coordenadores: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo e ORTHMANN, André. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

TARTUCE, Fernanda. Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar? In. SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Método, 2012.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Conflito de Interesse: criar a mentalidade de conciliar leva muito tempo**. Conjur, 2011.

WARAT, Luis Alberto. **A cidadania e direitos humanos da qualidade total**. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista12/acidadaniaedireitoshumanos daQT.htm>. Acesso em 8 agosto 2019.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: Moraes, Mauricio Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (Coords.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: São Paulo: DPJ Ed., 2005.



## O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E SUA INFLUÊNCIA NOS NOVOS MODELOS DE FAMÍLIA

**SUZANE DAMAS ROCHA:**

Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins .

**KARINE ALVES GONÇALVES MOTA** <sup>[1]</sup>

**RESUMO:** O presente artigo aborda sobre o princípio da afetividade e sua influência nos novos modelos de família. Devido às transformações nos núcleos familiares, o afeto tornou-se um elemento basilar apresentado pela realidade fática na sociedade, o qual repercute ao reconhecimento de múltiplos vínculos de filiação sob a proteção estatal, possibilitando o filho a ter concomitância biológica e socioafetiva no registro civil, e outras implicações jurídicas. Assim, o objetivo é explanar sobre o princípio da afetividade tanto na doutrina, como na jurisprudência, bem como analisar o reconhecimento multiparental em defesa do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Desse modo, utilizou-se a metodologia de pesquisa descritiva sob o procedimento técnico bibliográfico e de abordagem qualitativa para aprofundar nesta temática.

**Palavras-chave:** Princípio da Afetividade; Novos Modelos de Família; Múltiplos Vínculos de Filiação; Reconhecimento Multiparental.

### INTRODUÇÃO

As famílias vêm se modificando há décadas, o padrão instituído em ter o homem como o patriarca e a mulher “dona do lar” subordinada pelo marido, deixaram aos poucos de existir em alguns países. Pois, as mulheres por meio de movimentos que representam a busca da liberdade e dos direitos iguais conquistaram espaço, e atualmente, podem escolher o processo estrutural familiar.

Devido a isso, as novas concepções de famílias têm tomado projeções maiores, principalmente no ordenamento jurídico. A realidade é que muitas famílias são construídas pelas relações oriundas de laços afetivos e troca de responsabilidades e compartilhamento de momentos, os quais contribuem para o crescimento físico e intelectual do menor.

Juntamente com essas atualizações, a responsabilidade financeira ou afetiva com os filhos passou a ser estabelecida integralmente através da igualdade jurídica aos genitores e não consanguíneos. Assim, a guarda compartilhada é vista como uma

alternativa para enquadrar-se aos novos modelos, bem como, a ser uma oportunidade a manter tal filiação.

Dentre esses modelos insere-se a multiparentalidade, cujo se identifica como a formação estrutural de: mãe/pai biológico que criam seus filhos individualmente, ou que tenham a presença compartilhada de pai/mãe afetivo, bem como, os (as) pais/mães homossexuais que tenham a guarda compartilhada de forma multiparental. Logo, por essa razão questiona-se: de que forma o princípio da afetividade tem influenciado na formação dos novos modelos de família e quais são os efeitos jurídicos decorrentes?

Com base nisto, este trabalho tem como objetivo geral explicar sobre os princípios que norteiam a afetividade no modelo de família multiparental e a sua influência nas alterações do judiciário.

Para tanto, utilizou-se como metodologia de pesquisa a forma descritiva, que interage na busca investigativa de informações sobre a temática para melhor delimitá-la, facilitando a formulação das hipóteses rumo a alcançar os resultados. Tratando-se da técnica de pesquisa, teve-se como base a revisão bibliográfica composta pelo método dedutivo, mediante o estudo de princípios, leis e teorias. Já a forma de abordagem, usou-se a qualitativa para entender a problemática auxiliada nas interpretações pontuadas pelo legislador.

O capítulo 1 enfatiza-se sobre o conceito e características da multiparentalidade. No capítulo 2, aborda-se os princípios constitucionais que sustentam a dignidade humana. Já o capítulo 3, diz respeito a uma análise dos princípios que remetem ao reconhecimento do vínculo da multiparentalidade e seus efeitos jurídicos.

Neste contexto, cabe ao leitor observar como é importante compreender o ordenamento jurídico sob a ótica constitucional e direito de família, na qual ratifica os direitos da criança ou adolescente, sem prejudicá-los após os novos preceitos de filiação socioafetiva.

## **2 MULTIPARENTALIDADE**

A família é o pilar essencial para o ser humano, a necessidade afetiva e de convivência redefine papéis e funções que contribuem na formação da mesma. Está em constante mutação, permitindo o vínculo afetivo de pessoas externas para com criança ou adolescente.

Cohen e Felix (2013, p. 24-38) lecionam que:

A família, por ser um instituto social, encontra-se sempre em evolução, tendo o Direito, muitas vezes, que se adaptar a essas mudanças, vez que não há como o legislador prever todas as possíveis situações que possam vir a acontecer, principalmente no que tange as relações familiares.

Através dela, diminuem-se as barreiras do sentimento de solidão e desamparo, como também se constrói a proteção do respeito aos direitos fundamentais e garantia ao bem-estar de todos que nela compõem.

Giselda Hironaka (2007) explica que a família contemporânea alterou-se, pois as estruturas atuais são adaptáveis, as relações passaram a desempenhar distintos papéis, no qual, o principal privilégio é a valorização da função afetiva, tornando-se assim um refúgio dos indivíduos contra as pressões sociais e econômicas.

Mediante uma realidade fática, muitos modelos de famílias enfrentaram barreiras codificadas pela rigidez dos padrões passados. Para que pudessem chegar a tal liberdade e manter novos arranjos, a quebra de paradigmas culturais e jurídicos foi necessária, cujo transformou esses núcleos em extrema harmonia entre seus componentes.

Sob a luz do ordenamento jurídico, Paulo Nader (2016) relata que a família é uma instituição social, ela é composta por pessoas que tem propósitos de desenvolver a solidariedade entre si, tendo como exemplo os planos assistenciais e a convivência social. Por meio dela, faz-se valer a efetivação dos direitos atribuídos com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil.

Os membros têm os seus direitos resguardados não somente na Constituição de 1988, mas no Código Civil, Código Processual Civil e demais legislações que amparam a formação familiar e que impõe deveres a serem cumpridos.

O artigo 226, da CF/88 realça que a família é à base da sociedade, e tem por especial proteção do Estado. No texto jurídico, a família possui três espécies, podendo ser formada pelo casamento, pela união estável ou as chamadas famílias monoparentais. Com isso, o objetivo geral do legislador foi transformar a Constituição em um sistema jurídico pátrio cidadã.

Nesse sentido, o que ocorria muito no passado e que se repete nos dias atuais é a criação da criança por parentes, padrasto, madrasta e avós, no entanto, antes não se podia registrar a criança com o nome daqueles que mantinha a guarda, todavia, com a normativa vigente é possível registrar o criança mediante o termo da multiparentalidade.

Diniz (2014) afirma que parentesco é uma relação vinculada não somente entre pessoas descendentes, mas é também o vínculo do cônjuge ou companheiro, parentes, adotantes, pais biológicos ou afetivos e filhos socioafetivos.

Para Scarin (2019), a multiparentalidade apresenta reflexos que vão além do Direito de Família, como no Direito das Sucessões e outros, pois o legislador deixou lacunas atribuídas de forma plural, resultando em algumas consequências jurídicas e discussões sobre este tema.

Tartuce (2017, p.1.410) interpreta que existem três modalidades de parentesco admitidas no Direito Civil, sendo:

Parentesco consanguíneo ou natural: aquele existente entre pessoas que mantêm entre si um vínculo biológico, por terem origem no mesmo tronco comum. Parentesco por afinidade: existente entre cônjuge ou seu companheiro e os parentes do outro [...]. Parentesco civil: decorrente de outra origem que não a consanguinidade ou afinidade. Tradicionalmente tem origem na adoção. Todavia a doutrina e a jurisprudência admitem duas outras formas: a decorrente de técnica de reprodução heteróloga, aquela efetivada com material biológico de terceiro, e a parentalidade socioafetiva.

Esse complemento e alteração civil correlação a multiparentalidade torna-se uma conquista, visto que a partir dela se pode garantir à dignidade, cujo é estabelecida constitucionalmente, e desse modo, ser preservada a virtude afetiva para com o menor.

A multiparentalidade pode ser conceituada como *stricto sensu* ou *lato sensu*. A primeira tem a ver com o reconhecimento jurídico que tenha três ou mais laços parentais, como duas mães e um pai ou dois pais e uma mãe. A segunda (*lato sensu*) com acepção ampla consiste no reconhecimento através do ordenamento jurídico, quando a pessoa tem mais de um vínculo parental paterno ou materno, abrangendo nos casos de biparentalidade homoafetiva (SCHREIBER; LUSTOS, 2016).

Sob essa vista, Almeida (2019, s/n) define a multiparentalidade como: “a possibilidade jurídica conferida ao genitor biológico e/ou do genitor afetivo de invocarem os princípios da dignidade humana e da afetividade para ver garantida a manutenção ou o estabelecimento de vínculos parentais”.

Shreiber e Lustosa (2016) descrevem que a multiparentalidade abrange os demais casos da formação de familiar, configurando-se por alguém que tenha dois

pais ou duas mães, ou que envolva duas mães e um pai, dois pais e uma mãe; como também a chamada biparentalidade homoafetiva.

Dentro dos variáveis modelos de família e padrões quebrados na sociedade, houve um marco histórico nos liames genéticos, biológicos e demais ligações decorrentes da filiação do casamento. Para proteger o interesse do menor e as relações interpessoais, fez-se válido o reconhecimento das estruturas da multiparentalidade.

## 2.1 Características

Este instituto busca o reconhecimento da filiação socioafetiva entre aqueles que fazem parte do convívio familiar que assumem a responsabilidade para com a criança ou adolescente, e possuem características ímpares que geram efeitos jurídicos de maneira similar as formações de famílias biológicas.

Na concepção de Pereira (2014) o reconhecimento é um ato voluntário como o ato declaratório, a qual evidencia a paternidade ou maternidade, surtindo assim, os efeitos de caráter retroativo.

A multiparentalidade faz surtir efeitos jurídicos como as obrigações de alimentar, pois as pessoas ao terem o vínculo conjugal ou grau de parentesco por afinidade serão inseridas nas normativas vigentes. Configurando-se na “posse do estado de filho” o tratamento de igualdade, solidariedade e responsabilidade do seu reconhecimento filiatório. Conforme Maria Berenice Dias (2013, p.383) esclarece “o vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil”.

Teixeira (2010, p.184) faz uma ressalva, em que o parentesco socioafetivo produz todos os efeitos comparados ao natural, sendo pessoal como a criação de vínculo na linha reta ou colateral e quarto grau, permitindo desse modo à adoção do nome da família e impedimentos no âmbito civil; gera também o efeito da criação de vínculo de afinidade. Com relação ao aspecto patrimonial, há efeitos de direitos como a prestação de alimentos. Quando o reconhecimento é baseado na socioafetividade, o dever de solidariedade é incluído quando envolve terceiros.

Sob essas atribuições são constados a possibilidade do sobrenome daquele que representa o compromisso com o menor, e cabe ao julgador reconhecer os motivos favoráveis como fundamentação. Como obrigação de alimentar faz-se indispensável tudo aquilo que abrange o sustento como vestuário, habitação, assistência médica etc.

Lobo (2011, p. 374) argumenta que a obrigação de alimentos com a criança ou adolescente é de natureza personalíssima. Neste sentido, a lei permite o débito de alimentos ao devedor sob o encargo de pagá-los.

O ordenamento jurídico reconhece no art. 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente que, “incumbe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, e cabe-lhes a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. Isto impede que os menores sofram por problemas financeiros e psicológicos antes mesmo da aprovação no registro civil.

Assim, o reconhecimento da obrigação de alimentos na multiparentalidade está previsto no Código Civil, art. 1.696: “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Quanto ao reconhecimento das relações socioafetivas, Dias (2013) esclarece que existem três requisitos para a sua admissão de estado de filho, sendo três aspectos: a) *tractatus* – quando o filho é criado, educado e apresentado como filho pelo pai e mãe; b) *nominatio* – o filho usa o nome de família e se apresenta; c) *reputatio* – é conhecido pela opinião pública que pertence à família de seus pais.

Sob essa concepção, Batista (2014, p.79) argumenta que:

Não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, ao mesmo tempo, com a concessão de todos efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e da dignidade humana, na medida em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, pelo que se deve manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos [...].

Prevalece dessa maneira, a filiação socioafetiva e designado o conteúdo expresso no art. 227, §6º, da CF/88 da não discriminação entre os filhos, pois o vínculo parentesco é por lei um direito de deveres recíprocos e cabe aos responsáveis legais priorizar a saúde e bem-estar da criança ou adolescente.

### **3 PRINCÍPIOS DO VÍNCULO DA MULTIPARENTALIDADE**

Os princípios que norteiam o vínculo da multiparentalidade são os apresentados pela Constituição Federal de 1988, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o pluralismo das entidades familiares, o princípio da afetividade, solidariedade e o melhor interesse do menor.



Direitos à personalidade, a qualquer pessoa independente de crença, raça ou gênero está sob a guarda da Constituição Federal e legislações como o Código Civil, cujo ressaltam sobre os direitos inerentes à própria condição humana, como o nome, à liberdade, à intimidade, à honra e a vida. O art. 5º, X, CF/88 institui como cláusula pétrea esses direitos indisponíveis, imprescritíveis, impenhoráveis e absolutos.

Gagliano e Filho (2012, p.157) conceituam o direito à personalidade como sendo um “objeto ligado aos atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”. Ou seja, possui uma esfera extrapatrimonial do indivíduo em que o sujeito tem como reconhecimento a tutela jurídica aos valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a intimidade, a honra, a integridade física e outros.

Tratando-se da dignidade da pessoa humana, Gonçalves (2012) explica que é o núcleo existencial, sendo um direito de todos, sem distinguir o gênero, impondo assim, o dever de respeitar uns aos outros e a comunidade familiar garante o desenvolvimento inicial da criança e do adolescente.

Nas palavras de Martins (2003, apud CANSIAN, 2017, p.10) o texto constitucional pressupõe uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores construídos no âmbito de uma comunidade a que a mesma houve por bem positivizar. Dessa forma, isso se dá, pela base expressa no art. 1º, III, da CF/88, o qual tornou-se responsável pela quebra de paradigmas, dando notoriedade consciente de interpretação de atos ou condutas referentes às relações política, social, econômica e jurídica.

Nesse sentido, a estrutura familiar garante o pleno exercício dos valores éticos, morais e culturais da sociedade. E como fator primordial, obtém-se junto à proteção como elemento o tratamento igualitário, o acesso à justiça, bem como a efetivação de todos os direitos.

Ziman (2017) enfatiza que a dignidade da pessoa humana serve de alicerce para os demais direitos fundamentais, pois este princípio está sob o fundamento do Estado e a sua interpretação hermenêutica como base jurídica.

Assim, os cuidados com o ser humano devem ser universais, ou seja, é preciso solucionar os problemas tomando as providências necessárias em tempo hábil sob as condições solidárias, e o Estado tem como função desempenhar o papel de estabilizador.

Quanto ao princípio do pluralismo das entidades familiares, este quebrou as chamadas regras típicas sobre o modelo de família. Como expressa Madaleno (2013,

p.11) “as mudanças ocorrentes na formação familiar acarretaram a formação de vários arranjos familiares, entidades formadas não somente pela consagração do casamento”.

É comum ver terceiros participando da criação do menor, geralmente é possível ver os pais biológicos passar a maior parte do tempo trabalhando ou buscando formação profissional, outras vezes possui vínculo de convivência com padrasto/madrasta, onde os mesmos se dispõem a contribuir na manutenção e educação da criança ou adolescente.

Com relação ao princípio da afetividade, este faz parte da ligação e necessidade dos filhos com os pais para que possam crescer em um lar tranquilo e de proteção, cujo laço natural seja marcado pelo vínculo da solidariedade, afeto, prestação e manutenção das necessidades básicas da criança ou adolescente. Isto é, ultrapassa as condições impostas somente pela união e semelhança genética, pois é através dele que se leva em consideração a família formada pelo desejo, afeto e cuidados diários.

O mesmo encontra-se elencado no art. 1593 do Código Civil, que considera não somente a família natural (biológica), mas as formações de famílias que possuem afeto mesmo com a ausência de parentesco biológico (LOBO, 2011). A partir desse ordenamento, o modelo patriarcal foi alterado, trazendo a nova formação familiar contemporânea marcada pela aproximação do genitor mesmo em sentido substancial.

A paternidade aplica-se além da autoria genética da descendência, pois considera-se pai aquele que diariamente revela comportamentos de atenção, solidez e vínculo duradouro. É aquele que evita constantemente os riscos de uma relação sem princípios e valores, deste modo, não é somente emprestar seu nome de família, mas sim tratar o indivíduo com os cuidados verdadeiros de filho dentro e fora de casa (MAIA, 2008).

Neste sentido, a afetividade devolve ao menor a vontade e a esperança de poder contar com o carinho e amor de que participa ativamente do seu crescimento. A ausência de uma relação afetiva desencadeia em problemas de personalidade, podendo acarretar em depressão ou outro abalo psíquico.

Cansian (2017) deslinda que, multiparentalidade tornou-se uma realidade em que tenta diminuir o efeito gradativo do aumento do abandono de lar, integrando o contato dos pais e mães com seus filhos, pois esse reconhecimento comprova que o cúmulo de emoção, feição, troca de carinho, atenção e cuidado ultrapassa as relações biológicas.

Não obstante, Cancelier (2017, p. 10) faz uma profunda observação:

É graças também à afetividade que nos ligamos aos outros, ao mundo, a nós mesmos. É, na verdade, a afetividade que dá aos nossos atos e aos nossos pensamentos o encanto, a razão de ser, o impulso vital. É o fundamento da nossa personalidade, o que temos de mais íntimo. Não é, porém, um mundo fechado, porque é a mesma afetividade que nos liga aos outros.

Constituído pela convivência a afetividade é reconhecida juridicamente fazendo-se garantir o direito revolucionário, bem como a suprir as expectativas da formação familiar que mesmo ainda possuindo impasses, prezam-se as boas relações de respeito e a garantia dos direitos fundamentais.

Assim, é por meio da boa harmonia nas relações que os pais e parentes contribuem a não inserir pessoas problemáticas na sociedade. Este princípio estreitam-se os laços e ajuda a todos a evitar as causas de distúrbios como o sentimento de medo, desespero, sofrimento, desequilíbrio de emoções, pânico entre outros.

No que tange, sobre o princípio do melhor interesse do menor, a norma jurídica tem como foco proteger e orientar de caráter integral tudo que possa contribuir para a formação da personalidade do menor, para que no futuro não venha a sofrer danos psicológicos e sociais como mencionados.

Carvalho (2013) faz uma breve reflexão sobre a construção da personalidade, a qual a pessoa constrói sua identidade e personalidade no decorrer da sua existência. Este processo é lento, mas é parte do autoconhecimento e das relações sociais. Assim, assegura-se a felicidade da criança e do adolescente, sendo a mais importante e absoluta prioridade quando encontrada em situações jurídicas como essas.

Nesse contexto, sempre prevalecerá o melhor interesse da criança ou adolescente, devendo ser seus direitos respeitados como prioridade na sociedade, garantido e resguardado os direitos pelo Estado e núcleo familiar. O art. 229, CF/88 resguarda essa proteção integral, os quais os filhos têm o direito de serem assistidos, criados e educados pelos pais.

Juntamente com este princípio no direito de família, aborda-se o princípio da solidariedade familiar, que tem como substância o dever recíproco do cuidado e auxílio entre os membros que nela comporta, bem como a obrigação da prestação

da assistência material, alimentar e moral à criança e ao adolescente ou mesmo após a fase adulta dependendo das circunstâncias (CANSIAN, 2017).

Segundo Tartuce (2009), a solidariedade é um vínculo que sustenta o desenvolvimento do ambiente recíproco de compreensão e cooperação, cabendo mutuamente à todos os membros do grupo familiar a lutar para o convívio de paz e interação dos sujeitos, garantindo desse modo, a evolução dos direitos humanos. Tartuce (2017, p. 23) complementa que “ser solidário significa responder pelo outro, o que remonta a ideia de solidariedade do direito das obrigações. Quer dizer, ainda, preocupar-se com a outra pessoa”.

A despeito do princípio da convivência familiar, o art. 227, *caput*, CF/88, também faz parte de um dos princípios legais da multiparentalidade, em que o Estado assegura à criança ou adolescente prioridade de crescer em um lar sem discriminação, violência, crueldade e exploração, e através da convivência poderão desenvolver os valores básicos morais e culturais.

Desse modo, estar atento ao desenvolvimento do menor para que tenha igualdade de direitos tanto aos filhos legítimos, quanto aos que comportam-se na qualidade de adotados ou que possuem vínculo afetivo, à todos devem constar prioridade absoluta e tratamento especial.

#### **4 OS EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE**

A família é o símbolo da construção social e instituto de direito. Por meio dela é possível encontrar modalidades reconhecidas de acordo com a evolução da sociedade, e como pauta tem-se a multiparentalidade. Esse instituto busca o reconhecimento da filiação por pessoas que mantêm o afeto sob o convívio familiar, sendo especificamente, as pessoas a qual possuem a paternidade ou maternidade preexistente.

O Enunciado de n. 9 do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, destaca que “a multiparentalidade gera efeitos jurídicos”, e a partir desses efeitos mediante processos de criação doutrinária ou jurisprudencial haverá um equilíbrio jurídico entre as mudanças sociais frente ao Direito de Família.

Neste esteio, a multiparentalidade se expande da presença dos pais biológicos ao registrar o menor, obtendo como existente a necessidade de uma terceira pessoa para contribuir nos cuidados e crescimento. Barboza (2009) menciona que, a parentalidade seja biológica ou proveniente de adoção, reprodução ou socioafetiva produzem efeitos jurídicos existenciais como a criação de impedimentos matrimoniais e direitos à guarda ou visitação; e efeitos patrimoniais.

O Supremo Tribunal Federal – STF alude no seguinte posicionamento, “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. (BRASIL. STF. RE n. 898.060. Relator Min. Luiz Fux).

Para reforçar tais argumentos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/RS fez viés ao reconhecimento da multiparentalidade entre o padrasto e a enteada por intermédio da Apelação Cível, objetivando a filiação socioafetiva, veja:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. PADRASTO E ENTEADA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ADOÇÃO COM A MANUTENÇÃO DO PAI BIOLÓGICO. MULTIPARENTALIDADE. Observada a hipótese da existência de dois vínculos paternos, caracterizada está a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade. DERAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70064909864, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 16/07/2015). Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao apelo. (BRASIL, Acórdão na Apelação Cível nº. 70064909864/ RS).

Além desses efeitos, a dupla inserção registral será possível por meio da averbação, o art. 10 do Código Civil de 2002 prevê que a averbação em Registro Público pode ser realizada através das sentenças que decretam a nulidade ou anulação do casamento, divórcio, separação judicial ou restabelecimento da sociedade conjugal; bem como de atos judiciais ou extrajudiciais que declaram ou reconhecem a filiação.

Ao constar no registro de nascimento o sobrenome de duas ou três mães ou pais é dar o acréscimo de todos os direitos existenciais, principalmente a afetividade que se faz necessária para o crescimento saudável da criança ou adolescente.

Com a filiação multiparental ambos os pais deverão participar minuciosamente na vida do filho, de maneira a dirigi-lo a uma boa criação e educação; além de tê-lo em sua companhia e guarda; devendo conceder ou negar-lhe consentimento para casar; nomear tutor por testamento ou documento autêntico, podendo representá-lo até os dezesseis anos, conforme nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade quando necessário (CORREIA, 2017).

Baseado nisso, o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo/TJSP, explana dando ênfase aos novos vínculos parentais ligados ao princípio da afetividade e que reconhece esse liame:

EMENTA: MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Preservação da Maternidade Biológica. Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família. Enteadado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuas, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes. A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido (BRASIL. TJSP. AP. Cível nº 2012.0000400337. Comarca de Itu, Relator: Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior).

De acordo com a Lei de Registros Públicos, Lei n. 6.015/73, art. 54, deverá constar no registro os nomes e prenomes dos pais e dos avós maternos e paternos. Logo, o que não será diferente do registro de famílias socioafetivas que constarão todos os nomes dos pais ou mães (MENDES, QUEIROZ, 2014).

Sob a égide do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJ/SC, o reconhecimento da multiparentalidade no registro de nascimento é preexistente, veja:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO PELA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E ILEGITIMIDADE DA REPRESENTANTE DA AUTORA. RECURSO DA AUTORA. RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA GENITORA DA AUTORA LHE REPRESENTAR EM JUÍZO, VISTO INEXISTIR CONFLITO DE INTERESSES. REPRESENTAÇÃO CONFORME ARTIGO 1.634, DO CÓDIGO CIVIL. DIREITO PERSONALÍSSIMO DOS SUJEITOS DIRETAMENTE ENVOLVIDOS NA RELAÇÃO PARENTAL. EXEGESE DO ARTIGO 27 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EVIDENCIADO O INTERESSE DE AGIR DA FILHA A FIM DE VER ESCLARECIDA SUA ASCENDÊNCIA BIOLÓGICA. EXISTÊNCIA DE LAÇOS AFETIVOS



COM O PAI REGISTRAL QUE NÃO SE AFIGURA OBSTÁCULO INTRANSPONÍVEL AO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE DO REGISTRO CIVIL DA MULTIPARENTALIDADE. PRECEDENTE UNÂNIME DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL DESTA CORTE. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS A ORIGEM PARA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. SENTENÇA CASSADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. - "A preexistência da paternidade socioafetiva não impede a declaração judicial da paternidade biológica, com todas as consequências dela decorrentes, inclusive as de natureza patrimonial." (BRASIL. TJ-SC - AC: 20160157016 Joinville 2016.015701-6, Relator: Denise Volpato, Data de Julgamento: 19/04/2016, Sexta Câmara de Direito Civil).

Neste sentido, a filiação ao ser efetivada judicialmente garante como direito personalíssimo aos menores, os quais produzem efeitos *ex tunc*, podendo ser retroativo até a data do nascimento.

O nome no registro segundo Cassetari (2011), tem a ver com a identificação individualizada a cada pessoa, integrando a personalidade e ao mesmo tempo imutável, salvo nas autorizações de juiz mediante justificação conexa a Lei de Registro Público resguardado no Estatuto da Criança e do Adolescente. O nome é também um direito indisponível, imprescritível e intangível, o qual deverá acompanhar o sobrenome dos pais e parentescos que fazem parte da filiação.

Pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial, o direito ao nome é fundamental e segue todos os princípios constitucionais. Sílvio Venosa (2009, p. 54) explica mais sobre este assunto:

O nome é, portanto, uma forma de individualização do ser humano na sociedade, mesmo após a morte. Sua utilidade é tão notória que há exigência para que sejam atribuídos nomes a firmas, navios, aeronaves, ruas, praças, acidentes geográficos, cidades etc. O nome, afinal, é o substantivo que distingue as coisas que nos cercam, e o nome da pessoa a distingue das demais, juntamente com os outros atributos da personalidade, dentro da sociedade. É pelo nome que a pessoa fica conhecida no seio da família e da comunidade em que vive. Trata-se da manifestação mais expressiva da personalidade.

À vista disso, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento 63/2017, que aponta o procedimento de reconhecimento de filiação socioafetiva através de Ofícios do Registro Civil das Pessoas Naturais. Adotou também, os requisitos ao reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, sendo extremamente importante a comprovação da posse do estado de filho, de acordo com o art. 12: “suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, o registrador fundamentará a recusa, não praticará o ato e encaminhará o pedido ao juiz competente nos termos da legislação local”.

A posse do estado de filho é composto por três elementos, sendo: tratamento (*tractatus*); nome (*nomen*) e fama (*reputatio*). O primeiro dar-se-á como o indivíduo é tratado na família como filho. O segundo é quando ao filho é atribuído o nome dos pais. Por último, ocorre pela repercussão social referente a essa filiação (TARTUCE, 2017).

Salienta-se que o reconhecimento da filiação socioafetiva poderá ocorrer por meio de ato de averbação e não somente de registro, conforme expressa no Provimento 63/2017 do CNJ. No entanto, é exigível que o requerente apresente todos os documentos cabíveis, além da certidão de nascimento do filho. A jurisprudência entende que é possível a coexistência da filiação biológica com a socioafetiva para a averbação da multiparentalidade por intermédio direto no cartório.

Segundo o STF, mesmo que o filho for registrado por um pai socioafetivo, não impedirá a concomitância de vínculo com o pai biológico e vice-versa. Nesta seara, a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal fez valer a presente afirmativa:

DIREITO DE FAMÍLIA E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE ADOÇÃO. MULTIPARENTALIDADE. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO BIOLÓGICO PREEXISTENTE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. DUPLA PARENTALIDADE. POSSIBILIDADE. DECISÃO DO STF COM REPERCUSSÃO GERAL. 1. A paternidade biológica declarada em registro público não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem socioafetiva, com os efeitos jurídicos próprios, como desdobramento do princípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais. 2. "A omissão do legislador brasileiro quanto ao

reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade." Tese fixada com repercussão geral no julgamento do RE 898060/SC - STF. 3. Recurso conhecido e provido. (TJDF, rel. Des. Getúlio de Moraes Oliveira, 05/04/2017).

É oportuno ressaltar, que a adoção unilateral ou conjunta com pais ou mães homoafetivo também é possível com a averbação no registro de nascimento. Schreiber e Lustosa (2016, p. 14) mencionam um julgado sobre essa temática:

Interessante notar que o Superior Tribunal de Justiça admitiu a adoção conjunta por família homoafetiva em 2010 (REsp 889852/RS, 4ª T., Min. Luis Felipe Salomão, j. em 27/04/2010), ou seja, antes mesmo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 pelo Supremo Tribunal Federal em 5/5/2011, na qual foi reconhecida a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Reconhecido a multiparentalidade, o filho terá direito a alimentos e poderá escolher a qual pai recorrer para a solicitação aos alimentos. Caso o pai escolhido possa arcar só, a cobrança deverá ser justa e que não fracione a necessidade aos demais membros da família. No entanto, se o mesmo comprovar que não consegue arcar sozinho com o pagamento da pensão alimentícia, é possível chamar os demais integrantes para a lide, como permite o art. 1698, do Código Civil (CASSETTARI, 2015).

Cabe mencionar que, é direito bilateral os filhos na fase adulta terem o dever de cuidar e amparar os pais. A jurisprudência ampara os pais na velhice, na carência ou enfermidade como disposto no art. 229, da CF/88, que inclui o dever de prestar alimentos. Todavia, muitas discordias podem surgir sobre esse dever de pagar alimentos aos pais que possuem múltiplos laços.

O art. 5º, inciso XXX, da CF/88 consoante aos arts. 1.784 e 1845, do CC, dispõem do direito sucessório como efeito da multiparentalidade, ou seja, aberta a sucessão, a herança automaticamente transmite-se aos herdeiros legítimos e testamentários, assim como aos descendentes como herdeiros necessários.

Neste passo, os filhos registrados como multiparentais desde a data do nascimento tanto com pais biológicos, quanto aos socioafetivos serão aceitos para receber a herança conforme prevê os dispositivos supracitados, e poderá ter o efeito inverso também, quando os pais/mães constarem no seu registro.

Para melhor compreender sobre os direitos sucessórios, Póvoas (2012) esclarece que entre as diversas linhas sucessórias se o pai/mãe afetivo falecer, o menor será herdeiro em concorrência com os demais irmãos, mesmo que unilaterais. Ademais, se o pai/mãe biológico também viesse a falecer, o menor será sucessor, e caso o menor morresse, seus genitores poderão ser herdeiros.

O mesmo autor explana que a multiparentalidade não proíbe que o filho receba todas as vantagens em dobro nos direitos sucessórios, pois ao possuir dois pais ou duas mães resta um duplo dever de reciprocidade e aos efeitos patrimoniais, principalmente o direito à herança, bem como à prestação de alimentos.

Referente à herança oriunda da multiparentalidade, o Supremo Tribunal Federal – STF no julgado de Recurso Extraordinário n. 898.060 dispõe de argumentos relevantes sobre a filiação socioafetiva, *in verbis*:

Nos presentes autos, o recorrente sustenta a necessidade de preponderância da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica, com fundamento nos artigos 226, §§ 4º e 7º, 227, caput e §6º, 229 e 230 da Constituição Federal. Cumpre definir, assim, nos casos em que há vínculo parental previamente reconhecido, quais os efeitos jurídicos da descoberta posterior da paternidade biológica (RE n. 898.060, Min. Luiz Fux, s.p).

Seguindo este raciocínio, o STF exige a convivência e relação afetiva com a criança ou adolescente, comprovando o vínculo múltiplo com o filho. Não obstante, dependendo do julgador haverá uma minuciosa separação das razões patrimoniais e afetivas, porém, sempre levando em consideração o melhor interesse do menor.

Por fim, sobre as questões da guarda e da visitação caso os pais venham a se divorciarem. Baseado no Código Civil o direito é assegurado ao pai ou a mãe, cuja guarda não esteja os filhos, assim, o juiz determinará o período de visita e acompanhamento da educação e crescimento do menor.

## **CONCLUSÃO**

As mudanças de paradigmas tanto na sociedade, quanto no âmbito jurídico, tem aceitado de maneira mais formal o amplo significado de “família”, e com a ajuda do judiciário tem contribuído para melhor proteger a criança e o adolescente, dando-lhes a oportunidade de fazerem parte desta instituição que é o pilar para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Como foi abordado neste artigo, o Direito de Família e a filiação socioafetiva têm sido resguardados pela legislação como a Constituição Federal de 1988, o Código Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente, e a Lei de Registros Públicos - Lei n. 6.015/73 entre outros. Assim, todos têm como regra o ordenamento pátrio, o qual se extrai os critérios centrais para definir o vínculo parental seja ele: jurídico, socioafetivo ou biológico, a fim de analisar o melhor interesse do menor.

Neste sentido, diante das novas formações e construções familiares, debates são recorrentes no Poder Judiciário para buscar sanar conflitos que dificultam a inclusão dos laços relacionados à pluralidade das relações, estas formadas pela convivência, responsabilidade e afeto. Muitos julgados passaram a reconhecer que o vínculo afetivo é válido para os filhos adotivos por pais múltiplos (pais de todos os gêneros), não diferenciando dos filhos biológicos, ou seja, caso enquadra-se nos moldes preestabelecidos pelo legislador de acordo com as situações fáticas.

A regulamentação do reconhecimento da multiparentalidade é plena e possível, podendo decorrer do registro de nascimento para a fixação do vínculo de parentesco. Logo, reconhecido o vínculo estarão presentes todos os efeitos jurídicos de igualdade entre a parentalidade (pais e filhos), aplicando-se todos os valores, princípios e direitos na vida prática.

Por todo o exposto, é indispensável que os Operadores do Direito tenham a sensibilidade de compreender que conforme as necessidades dos dias atuais há inúmeras formações familiares, e que os mesmos não podem ignorar essa realidade. O imediatismo faz com que as pessoas tenham que passar mais tempo fora dos seus lares, necessitando de ajuda e solidariedade para a criação dos filhos; noutras ocasiões optam pela convivência que melhor lhes façam se sentir acolhidos, felizes e amados. Pensar por este lado, torna um caminho menos complexo para a criança ou adolescente, pois ao crescerem em lares de paz e bem-estar, conseqüentemente, diminuirá e/ou evitará futuros problemas psicológicos e a sensação de abandono aos mesmos.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Karina Azevedo Simões de. Multiparentalidade: conceito e conseqüências jurídicas de seu reconhecimento. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceito-e-consequencias-juridicas-de-seu-reconhecimento>. Acesso em: 11 Abr. 2020.

ALMEIDA, Priscila Araújo de. **Efeitos da paternidade socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em:

<[www.ibdfam.org.br/artigos/autor/PriscilladeAraujodeAlmeira](http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/PriscilladeAraujodeAlmeira)> Acesso em: 18 Mar. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 27 Mai. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 11 Abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão na Apelação Cível nº. 70064909864/ RS. Ação de adoção. Padrasto e enteada. Pedido de reconhecimento da adoção com a manutenção do pai biológico. **Multiparentalidade**. Disponível em: <http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/211663570/apelacao-civel-ac-70064909864-rs/inteiro-teor211663580>. Acesso em 12 Mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 2012.0000400337/SP**. Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp/inteiro-te-or-110551735>. Acesso em: 12 Mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 898.060-SP.Reclamante: A. N. Reclamado: F.G. Relator: Ministro Luiz Fux**.<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>.

BATISTA, Débora Mayane de Ávila. **A multiparentalidade e seus efeitos no âmbito do direito de família**: análise à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança. 2014. 79 f. Trabalho de conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014, p. 55.

CANCELIER, Sandra Regina. **Afetividade**: ferramenta para redução da violência escolar. Secretaria de Estado da Educação Superintendência da educação programa de desenvolvimento educacional. Três Barras – PR, 2014. Disponível em: [http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes\\_pde/2013/2013\\_unioeste\\_edfis\\_artigo\\_sandra\\_regina\\_cancelier.pdf](http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2013/2013_unioeste_edfis_artigo_sandra_regina_cancelier.pdf). Acesso em: 17 Mai. 2020.



CANSIAN, Caroline dos Santos. **Multiparentalidade à luz dos princípios constitucionais do direito de família:** uma análise de seus principais reflexos jurídicos. Faculdade de Direito de Cochoeiro de Itapemirim, 2017. Disponível em: <https://fdci.br/arquivos/166/CAROLINE%20DOS%20SANTOS%20CANSIAN%20-%20VIA%20DEFINITIVA%20MONOGRAFIA.pdf>. Acesso em: 22 Mai. 2020.

CARVALHO, Dimas Messias. **A afetividade dos princípios fundamentais no direito de família para reconhecimento da paternidade socioafetiva.** Mestrado – Faculdade de direito do Sul de Minas. 2013.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56-57.

\_\_\_\_\_. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva:** Efeitos Jurídicos. 2 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2015

COSTA, Fabrício Borges. **Da multiparentalidade no século XXI.** Percurso Acadêmico, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, jan.-jun. 2015.

CORREIA, Emanuelle Araújo. **Elementos Caracterizadores da Mutiparentalidade.** Pontifícia Universidade Católica de Mina Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte – BH, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 27 Abr. 2020.

COHEN, Ana Carolina Trindade; FELIX, Jéssica Mendonça. **Multiparentalidade e entidade familiar:** fundamento constitucional e reflexos jurídicos. Cadernos de Graduação - Ciências Humanas e Sociais Fits | Maceió | v. 1 | n.3 | p. 23-38 | nov. 2013. Disponível em <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/fitshumanas/article/download/1215/595> > Acesso em 03 fev. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 5. Direito de Família. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** direito de família.9. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. Volume 6.p.18.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de direito civil**. Saraiva Educação S.A, Volume único – 2ed. 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas**: a família, seu status e seu enquadramento na pós modernidade. In: SOUZA, Ivone Candido Coelho de (Org.). Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade. Porto Alegre: IBDFAM, 2007.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.  
\_\_\_\_\_. Curso de direito de família. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana**: Princípio Constitucional Fundamental. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

MENDES, Marisa Schmitt Siqueira; QUEIROZ, Yury Augusto dos Santos. **A tripla filiação e o direito civil**: alimentos, guarda e sucessão. In: Ciência jurídica, v. 28, jan./fev. 2014.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. Vol. 5, 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.33.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direito de família. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. 5, 2014.

SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. **Efeitos jurídicos da multiparentalidade**. Pensar, Fortaleza, v. 21, n.3, p.847-873, 2016.

SCARIN, Jéssica Bolpeti. **A multiparentalidade advinda da socioafetividade**: sentimentos e ideais que alicerçam as famílias e os reflexos jurídicos no ordenamento pátrio. Núcleo de produção científica da Faculdade de Direito da UFU, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/25033/3/MultiparentalidadeAdvindaSocioafetividade.pdf>. Acesso em: 16 Mai. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Vol. Único, 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p.1.410.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de família**. 9ª edição. Editora Atlas, 2009.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **A dignidade da pessoa humana como princípio universal**. Revista de direito constitucional e internacional. RDCI, v. 96 (jul/ago), 2017. Disponível

em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDConsInter\\_n.96.06.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.96.06.PDF). Acesso em: 19 Mar. 2020.

NOTA:

[1] Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela UNIMAR. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Advogada e professora do Centro Universitário Católica do Tocantins - UNICATÓLICA. E-mail karine.mota@catolica-to.edu.br.

## IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RELIGIOSA: UMA ANÁLISE À LUZ DA SEPARAÇÃO ENTRE ESTADO E IGREJA

**MIRELA REIS CALDAS:** Bacharel em Direito pela faculdade Imaculada Conceição do Recife - FICR. Certificado de Special Conversation pelo Britanic. Certificado de estudo pela EC Toronto-Canadá

### Introito

A relação obrigacional tributária se inicia com a ocorrência do fato jurídico, conhecido como “fato gerador”, surgindo, como consequência, a obrigação tributária. Existem situações jurídicas nas quais a Constituição Federal (CF) proibiu o Estado de cobrar tributos, são as seguintes possibilidades: imunidade, isenção, anistia e remissão.

Pelo fenômeno da imunidade tributária, há a não ocorrência do fato gerador, trata-se da não incidência. Qualquer possibilidade de fazer incidir tributo sobre pessoas ou bens neste campo, será considerada nula de pleno direito (BORBA, 2015).

O objetivo das imunidades tributárias é garantir direitos sociais e fundamentais a todos através da liberdade religiosa, democracia política, liberdade de expressão, acesso à cultura, entre outros.

Vejamos o seguinte ensinamento de Ives Gandra Martins (1988, p. 32):

*A imunidade constitui o instrumento que o constituinte considerou fundamental para, de um lado, manter a democracia, a liberdade de expressão e a ação dos cidadãos e, por outro lado, atrair os cidadãos nas suas atividades essenciais em que, muitas vezes, o próprio Estado atua mal ou insuficientemente, como na educação, na assistência social etc.*

Sendo assim, a liberdade de expressão representa um dos pilares do Estado Democrático, é direito fundamental e está inter-relacionada à dignidade do indivíduo. Ao garantir imunidade religiosa, o Estado visou garantir essa importante forma de manifestação.

A relação estabelecida aqui é resultado da separação entre o Estado e crenças (em sentido amplo), consequência da divisão do Estado-Igreja.

## Da separação do Estado-Igreja europeia

A Reforma Protestante do século XVI começou como um apelo à liberdade do regime medieval das "duas espadas" - liberdade da igreja da tirania do papa, liberdade da consciência individual, liberdade para funcionários do estado do poder e privilégio da igreja.

"Liberdade do cristão" foi o grito de guerra da Reforma, com a publicação de Martinho Lutero (1483-1546) das Noventa e Cinco Teses em 1517 e a queima dos livros de direito canônico em 1520, os primeiros protestantes denunciaram as leis da igreja e exigiram reformas radicais da igreja e do estado sobre a força da Bíblia.

Na França do Antigo Regime, a sociedade estava dividida em ordens, que contavam ou não com privilégios. Na frente, estava o clero, representado pela Igreja Católica, a única que tinha o direito de ensinar religião, sendo muito rica em terras e rendas.

No fim, estavam os camponeses do Terceiro Estado, basicamente responsáveis pelos tributos, mal repartidos e cobrados de forma injusta, incluindo a visão do dízimo, tributo distinto aplicado às colheitas para despesas com cultos pelo clero, com frequência era desviado e, às vezes, os padres não se beneficiavam dele (VOVELLE, 2007).

Após a Revolução Francesa, existiram diversas demonstrações de descristianização, uma nova forma de praticar o cristianismo, por exemplo, em relação aos métodos contraceptivos, que resultou em uma baixa taxa de natalidade na segunda metade do século XVIII (SAYA, 2016).

Com isso, o homem passou a estar no centro de suas pesquisas e não mais priorizar o teocentrismo, filosofia utilizada na Idade Média.

Por teocentrismo, temos a uma visão hierárquica em que Deus é o centro e suas criaturas estão na periferia. O argumento teocêntrico sustenta a ideia de que um direito dado por Deus fornece uma base melhor para a ideia de direitos do que a ideia de criaturas individuais com direitos inerentes, como foi desenvolvido por Locke e outros no Iluminismo (FIALA, 2008).

Diferentemente, ao dar mais enfoque no razão, temos uma representação do pensamento característico do Renascimento, aproximadamente entre o século XIV e o fim do século XVI. Há um confronto de ideias entre o teocentrismo e o antropocentrismo. O homem renascentista não espera por favores divinos, busca

aperfeiçoar seu trabalho pessoal, usando suas habilidades e talentos com uma nova mentalidade.

Tais mudanças semeiam o caminho para alterações na política, costumes e hábitos. Encontramos o homem como o centro do universo (GOMES, 2014).

### **Da união e separação do Estado-Igreja no Brasil**

No Brasil, a separação entre a Igreja e o Estado não ocorreu de forma abrupta, foi resultado de diversas mudanças históricas e políticas, propiciando a ideologia do Estado laico.

A ascensão do catolicismo no Brasil está relacionada à colonização, sobrepondo-se sobre as práticas culturais comuns (termo extensivo para “religião”) indígenas e africanas como sequela da dominação forçada e da catequização. Para os indígenas, a chegada dos portugueses representou uma verdadeira catástrofe, os padres andavam pelas aldeias como pajés, curando e profetizando (FAUSTO, 2006).

A preocupação em usar a língua para colonizar almas representou uma tentativa bem-sucedida de aproximar os jesuítas dos indígenas, que, além de ensinar a língua portuguesa, estariam salvando as suas almas através da religião.

Posteriormente, na colonização holandesa, sob a regência de Maurício de Nassau, a liberdade religiosa era para todos. O período teve considerável atividade protestante no Nordeste, católicos eram livres para exercer seu culto e manter relações com a sede episcopal da Bahia, sinagogas e escolas hebraicas funcionavam no Recife e foram as primeiras da América (DEL PRIORE, 2010).

Assim, a separação entre Estado e igreja foi efetivada em 7 de janeiro de 1890 pelo Decreto nº 119-A e constitucionalmente assegurada na Constituição de 1891. Até 1890, o catolicismo era a religião oficial do Estado e as demais religiões eram proibidas. O catolicismo era subvencionado pelo Estado e gozava de enormes privilégios (LIMA, 2001).

### **Da laicidade do Estado**

Em todos os preâmbulos das Constituições, encontram-se invocações à proteção de Deus: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte [...] promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte [...]”. A explicação para tal é a religiosidade dos brasileiros, sendo um de seus traços característicos (HARADA, 2017), e, como visto, está presente desde a colonização.



Acerca do tema, a expressão “sob a proteção de Deus” foi alvo de discussão. Ateus, agnósticos e associações argumentaram, principalmente, pela laicidade do Estado e, assim, a “*proteção de Deus*” no preâmbulo da Constituição não estaria bem enquadrada.

Sobre a “proteção de Deus”, em 2002, o Supremo Tribunal Federal considerou improcedente a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI 2076) do Partido Social Liberal (PSL), contra a Assembleia Legislativa do Acre, por omissão no preâmbulo da Constituição do Acre da expressão “sob a proteção de Deus”.

O partido alegou ofensa ao preâmbulo da Constituição Federal, que mantém a expressão. Para o PSL, a omissão na Constituição do Acre tornava o estado “o único no país privado de ficar sob a proteção de Deus”.

Entre os argumentos da decisão, o ministro Carlos Velloso explicitou que o preâmbulo constitucional não cria direitos e deveres e não é norma jurídica, refletindo a posição ideológica do constituinte.

A discussão sobre a laicidade vai além, incluindo símbolos e objetos que retratam a presença do Cristianismo/Catolicismo no Brasil, especialmente, o Crucifixo exposto em repartições públicas, até mesmo em salas dos Tribunais.

Nessa perspectiva, em 2009, em sede de Ação Civil Pública nº 2009.61.00.017604-0, a Justiça Federal em São Paulo rejeitou o pedido do Ministério Público Federal (MPF) para a retirada dos símbolos dos prédios públicos da União no Estado de São Paulo, entendendo que não ofendem a laicidade do estado nem de liberdade religiosa.

O MPF alegou, em apertada síntese, que quando o Estado exhibe um símbolo religioso acaba por discriminar demais religiões professadas no Brasil, desrespeitando a Constituição Federal.

Na fundamentação do indeferimento, consta-se que a liberdade de crença, de culto e a tolerância religiosa foram aceitas graças ao Estado laico e não como oposição a ele. Em resumo, conforme a fundamentação, o Estado laico não deveria ser entendido como uma instituição anti-religiosa ou anti-clerical.

Posto isso, a liberdade religiosa não poderia ser causa de privilégios tributários, sendo assim, o conceito de estado laico exige o equilíbrio de duas concepções: o Estado não estabelece cultos ou igrejas ou embaraça seu funcionamento e o Estado não subvenciona cultos ou igrejas.

## Da imunidade tributária religiosa

A priori, cabe-nos fazer um esclarecimento. A expressão constitucional “templos de qualquer culto” abrange não apenas o edifício onde se realiza a prática religiosa, mas também o próprio culto e finalidades essenciais dos templos. Por essa razão, a expressão usada será “imunidade religiosa”, visto que é mais abrangente, para se referir a “imunidade tributária dos templos”.

É perceptível que, ao proibir os entes de instituir impostos sobre os templos de qualquer culto, o legislador constituinte originário expressou menos do que verdadeiramente deveria expressar, pois existe uma distinção entre o templo (prédio físico) e a entidade religiosa, que inclui as atividades suas inerentes.

Caso a imunidade fosse apenas referente ao templo, seria defesa apenas a cobrança que incidisse sobre a propriedade do imóvel, a saber, IPTU ou ITR. Contudo, seria permitida a cobrança, por exemplo, do imposto sobre renda de oferendas ou sobre serviços relativos à celebração de casamentos (ALEXANDRE, 2017).

Dessa forma, a imunidade religiosa impossibilita que o Estado utilize o poder de tributar como meio de inibir o funcionamento de entidades religiosas. Destaca-se que o legislador constituinte originário proibiu apenas a instituição de impostos sobre os templos de qualquer culto (art. 150, VI, b, da CF), não abrangendo as demais espécies tributárias.

Sobre os impostos, o STF entende que se um imóvel pertencente ao ente imune é alugado e está vinculado às finalidades essenciais, a imunidade não se perde.

Exige-se tão somente que os rendimentos obtidos com o aluguel do imóvel estejam revertidos para as finalidades essenciais da instituição. Sendo obedecida a regra, o imóvel está imune ao IPTU, assim como rendimentos advindos do aluguel em relação ao IR.

Nessa linha, é pacífico o entendimento do STF:

*EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPTU. IMUNIDADE DE TEMPLOS. PRÉDIOS SEPARADOS DAQUELE EM QUE SE REALIZAM OS CULTOS. FUNCIONAMENTO E FINALIDADES ESSENCIAIS DA ENTIDADE. RECURSO PROTELATÓRIO. MULTA. AGRAVO IMPORVIDO. I - A imunidade prevista na Constituição que tem como destinatário os templos de qualquer culto deve abranger os*

***imóveis relacionados com a finalidade e funcionamento da entidade religiosa. [...]***

*(AI 690712 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 EMENT VOL-02369-13 PP-02739 RT v. 98, n. 890, 2009, p. 176-178)*

*(Grifos nossos)*

Tem-se aqui o mesmo raciocínio para qualquer instituição imune sujeita à necessidade de manutenção de patrimônio, renda e serviços vinculados a suas finalidades essenciais, por exemplo: assistência social sem fins lucrativos.

Por atividades essenciais, incluem-se os cemitérios, contanto que não sejam instituídos por particulares com clara finalidade lucrativa.

Posto isso, a imunidade religiosa está intimamente ligada ao direito de liberdade de culto (art. 5º, VI, da CF), visto que a imunidade é forma de manter tal direito, estando ambos garantidos por cláusula pétrea.

### **Conclusão**

Separar a igreja do Estado, exige extrema delicadeza, posto que, de alguma forma, a sociedade costumeiramente esteve ligada a algum tipo de pensamento religioso ou cultura religiosa.

Trata-se de formar um Estado que não ofenda ou reprima crenças, mas que, ao mesmo tempo, possa utilizar das práticas religiosas como fonte de princípios. Em outras palavras, temos o direito à vida claramente fundado em uma visão religiosa, provavelmente cristã, na qual a vida humana está acima.

Daí, na mesma linha, temos a criminalização do induzimento, instigação e auxílio ao suicídio (art. 122, CP) baseando-se, novamente, na religião. Ao passo que não é proibido o ato de se suicidar ou tentar se suicidar, pois o sujeito precisa estar vivo para ser punido e para quem não está com as faculdades mentais plenas, a prisão ou punição seria ainda mais degradante.

Posto isso, é notável a influência religiosa no Direito, até mesmo no Direito Tributário. A imunidade tributária é apenas mais uma constatação da união histórica da igreja com o Estado, estando presente no direito à liberdade de culto e, através da imunidade, na manutenção da instituição religiosa.

Ao não cobrar impostos, o Estado cria um pacto a fim de garantir a existência e evitar cobranças abusivas para que interesses divergentes não sejam alvo de repressão estatal, acabando por consolidar o “divórcio” entre religião e política.

A respeito do “divórcio”, é um ponto seriamente questionável, posto que existe apoio de líderes de igreja a candidatos a cargos políticos ou, inclusive, políticos eleitos, como Donald Trump, apenas para não citar casos brasileiros, e sem sequer falar sobre a bancada evangélica no Congresso Nacional.

### Referências

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 11. ed. rev. atual. e amp1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

BORBA, Claudio. **Direito tributário**. 27° ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

DEL PRIORE, Mary. **Uma breve história do Brasil** / Mary del Priore, Renato Venancio. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2010.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12° ed., I. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

FIALA, Andrew. **Theocentrism and human rights: a critical argument**. Disponível em: [https://www.andrewfiala.com/wp-content/uploads/2013/03/RHRS\\_03\\_03\\_02-Fiala.pdf](https://www.andrewfiala.com/wp-content/uploads/2013/03/RHRS_03_03_02-Fiala.pdf). Acesso em 08/04/2020.

GOMES, Adriana de Albuquerque. **Freud e o humanismo renascentista**: notas sobre as interpretações de Eric Fromm e Jacques Lacan. Revista Kínesis, ISSN: 2316-5464, Santa Maria, vol. VI, n° 11, jul. 2014. Disponível em: [https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/6\\_adrianagomes.pdf](https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/6_adrianagomes.pdf). Acesso em 10/04/2020.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 26. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

LIMA, Fernando. **Separação entre Igreja e Estado**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2320>. Acesso em: 08/04/2020.

MARTINS, Ives Gandra. **Imunidades tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Saya, Lara Scorsato. O CLIMA REVOLUCIONÁRIO NA FRANÇA DO SÉCULO XVIII: politização, descristianização e o impacto nas instituições sociais. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1467665843\\_ARQUIVO\\_Trabalhocompletoanpuh2016-LaraScorsatoSaya.pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1467665843_ARQUIVO_Trabalhocompletoanpuh2016-LaraScorsatoSaya.pdf). Acessado em: 13/04/2020.

VOVELLE, Michel. **A revolução francesa explicada à minha neta**. Tradução: Fernando Santos. 1º ed. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

## A ILEGALIDADE DA SÚMULA Nº 51 DO TJ/SC

**GABRIEL RODRIGUES SOARES:**

Advogado em Brasília.

**Resumo:** O objetivo do presente trabalho é demonstrar a ilegalidade da Súmula nº 51 do TJ/SC, a qual, em oposição às inovações proporcionadas pelo Código de Processo Civil, apregoa uma concepção unitária da gratuidade de justiça, a partir da qual se condensa, de forma irrefletida, o amplo espectro de despesas insurgentes no processo. Sob tal concepção, o Enunciado caracteriza o recolhimento do preparo como ato incompatível com o pedido recursal ao benefício, obstando o conhecimento do recurso e, por conseguinte, cerceando o direito de isonomia processual do litigante que, embora não satisfaça os já ultrapassados critérios de miserabilidade e pobreza, entende-se incapaz em arcar com o amplo leque de despesas processuais supervenientes. A Súmula da Corte catarinense nega, assim, eficácia à sofisticação proporcionada pela legislação processual vigente, a qual, por meio da previsão à concessão seletiva, percentual ou parcelada (§§5º e 6º do art. 98), confere à gratuidade de justiça atributos de delimitação e fracionamento, os quais permitem um melhor regramento do benefício à luz das especificidades do caso concreto.

**Palavras-chave:** Súmula nº 51 do TJ/SC. Gratuidade de justiça. Custas processuais. Precedentes vinculantes.

**Abstract:** This thesis aims to demonstrate the illegality of Legal Precedent nº 51 TJ/SC, which, in opposition to the innovations provided by the Code of Civil Procedure, proclaims a unitary concept of legal exemption from paying court fees, through which it thoughtlessly condenses the broad spectrum of expenses verifiable in a judicial process. Under that concept, the Legal Precedent characterizes the appeal costs payment as an incompatible act to the exemption claim, precluding the analysis on the appeal merits and, therefore, limiting the right to procedural isonomy of the litigant that does not fill the outdated misery and poverty criteria, but claims to be unable to support the wide range of later procedural costs. Thus, the Court Legal Precedent denies efficiency to the improvement provided by the current procedural law, which, through assert to selective, percentual or installment grant, confers delimitation and fractionation attributes to the court fees exemption, allowing a better regulation of the benefit by the singularity of concrete cases.

**Keywords:** Legal Precedent nº 51 TJ/SC. Procedural gratuity. Procedural costs. Legal precedents.



**SUMÁRIO:** Introdução. Desenvolvimento. I. Contexto e fundamentos para aprovação da Súmula nº 51 do TJ/SC . II. As hipóteses de concessão seletiva, percentual ou parcelada do benefício da gratuidade de justiça. (i) Histórico e possíveis causas. (ii) Novo paradigma de provimentos jurisdicionais aplicáveis ao pedido de concessão da gratuidade de justiça. III. A ilegalidade da Súmula nº 51 do TJ/SC. Conclusão. Referências Bibliográficas. Anexos.

## INTRODUÇÃO

O já não tão novo Código de Processo Civil (CPC) introduz no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de precedentes vinculantes<sup>1</sup>, por meio do qual o entendimento cristalizado por um órgão colegiado deve ser obrigatoriamente observado pelos magistrados a ele submetidos<sup>2</sup>.

Embora produza inegáveis reflexos de ordem material, a opção legislativa incorporada pelos arts. 926 e seguintes do CPC versa, como característico das normas essencialmente processuais, sobre a gestão do *modus operandi* da máquina jurisdicional – escolha de ordem gerencial que reúne entusiastas e opositores. Se, por um lado, o sistema de precedentes vinculantes visa garantir às partes os direitos à segurança jurídica, tratamento isonômico e celeridade processual (PUGLIESE, 2011, pp. 58-69), por outro, as críticas ao modelo centram-se na supressão da autonomia dos Juízes singulares e possível violação à tripartição de Poder (GORAIEB, 2016, pp. 12-14).

Neste último ponto, sem pretensões de desqualificar a benéfica contribuição do modelo ao ordenamento jurídico pátrio, salienta-se que, para além dos eventuais vícios formais de normas emanadas pelo Judiciário, os enunciados vinculantes apresentam problemática intrinsecamente atrelada à atividade judicante – e ainda pouco realçada pela doutrina – qual seja, a de um mesmo instituto jurídico ver-se

---

1 “Em suma, erige-se no aparelho legal um modelo em que decisões precedentes são vinculantes, quer porque a lei assim optou (art. 927), quer pelo fato de que, se um julgador as ignora no caso concreto, sua decisão ofende um critério de racionalidade imposto pelo ordenamento (art. 489, §1º, VI), havendo previsão de recurso para que se restaure a estabilidade, a integridade e a coerência desde logo exigidas pelo art. 926.” (CUNHA, 2019, p.105).

Enunciado 169 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos § 9º do art. 1.037 e §4º do art. 927.”

2 Enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.”

regido de formas distintas por normas legislativas e por normas insertas em precedentes dotados de força vinculante.

Esta particular reticência quanto ao sistema de precedentes vinculantes introduzido pelo CPC motivou uma análise mais detida quanto à regência do instituto da gratuidade de justiça proposta pela Súmula nº 51 do TJ/SC, publicada pelo respectivo Órgão Especial em 17.04.2019, e à possível ilegalidade do Enunciado por afronta a dispositivos legais consagrados pelo Código de Processo Civil. Confira-se o teor do Enunciado:

Súmula nº 51 TJ/SC: O pedido de justiça gratuita seguido do pagamento do preparo pelo recorrente é considerado ato incompatível com o interesse de recorrer, impossibilitando o conhecimento do recurso no ponto.

À primeira leitura, é fácil constatar o intento da Corte catarinense em privilegiar os princípios da celeridade processual e primazia ao mérito, alçados pelo art. 4º<sup>3</sup> ao patamar de normas fundamentais do processo civil. Assim, constatado o recolhimento do preparo, supera-se a análise da preliminar recursal referente à gratuidade de justiça, uma vez que a manifestação de condições financeiras pelo recorrente violaria pressuposto de hipossuficiência essencial à concessão do benefício.

Todavia, ao se delimitar a análise à concepção conferida pelo Enunciado, dotado de força vinculante (art. 927, V4), ao instituto da gratuidade de justiça, despertam-se algumas inquietações. Ao preconizar que o recolhimento do preparo impossibilita o conhecimento e, por conseguinte, a concessão do benefício em sede recursal, verifica-se que a inteligência da Súmula compreende a gratuidade de justiça como um benefício unitário, indivisível, na medida em que a manifestação da capacidade em arcar com apenas um encargo processual autorizaria o julgador a concluir pela suficiência de recursos do recorrente em arcar com as outras inúmeras espécies, típicas e atípicas, de despesas judiciais.

---

3 Em prol da fluidez da leitura deste trabalho, a menção a dispositivos do Código de Processo Civil far-se-á desacompanhada da expressão “do CPC”.

4 “Há, aí, a previsão de duas ordens de vinculação. Uma vinculação interna dos membros e órgãos fracionários de um tribunal aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial daquela mesma Corte. Uma vinculação externa dos demais órgão de instância inferior (juízos e tribunais) aos precedentes do plenário ou órgão especial do tribunal a que estiverem submetidos. (...) Diante disso, precedentes do: (...) d) plenário e órgão especial do TJ vinculam o próprio TJ, bem como juízes estaduais a ele vinculados.” (DIDIER; BRAGA; OLIVERA, 2016, pp. 479-480).

Em contraposição à concepção unitária propagada pela Súmula nº 51 do TJ/SC, os §§5º e 6º do art. 98 prescrevem modalidades intermediárias de concessão do benefício, mais flexíveis às especificidades do caso concreto, possibilitando a alocação seletiva, percentual ou parcelada das despesas processuais. Assim, o Diploma Processual vigente confere à gratuidade de justiça atributos de delimitação e fracionamento:

§ 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

Para além da oposição entre as concepções propostas pela norma jurisdicional x norma legislativa, a saber, unicidade *versus* divisibilidade da gratuidade de justiça, uma breve reflexão acerca dos desdobramentos do Enunciado revela indícios de acentuada incoerência.

À luz da Súmula nº 51 do TJ/SC, o recolhimento do preparo, apenas um dos nove encargos exemplificativamente<sup>5</sup> listados no art. 98, §1º, afastaria o interesse do recorrente em ver-se albergado das demais despesas processuais supervenientes, inclusive daquelas de maior monta, tais quais as decorrentes de: exames de código genético – DNA (art. 98, §1º, V); dos honorários sucumbenciais e periciais (art. 98, §1º, VI); de custos com memórias contábeis (art. 98, §1º, VII); e de emolumentos cartoriais (art. 98, §1º, IX).

Para além dos evidentes prejuízos ao jurisdicionados, a concepção unitária do benefício propagada pelo Enunciado indica ser igualmente prejudicial ao Estado-Juiz. Logrando êxito em demonstrar a insuficiência de recursos para o depósito requisito da ação rescisória (art. 968, §1º), cujo teto se estende a até 1.000 salários-mínimos, não se faz apropriado concluir pelo direito do beneficiário à isenção, por exemplo, das custas atreladas à eventual interposição de recurso especial, alçadas em aproximadamente 1/5 do salário-mínimo vigente<sup>6</sup>.

---

5 (DIDIER; OLIVEIRA, 2016, p. 27).

6 Salário mínimo vigente: R\$ 998,00 (Decreto nº 9.661/2019). Custas fixas do Recurso Especial: R\$ 186,10. Instrução Normativa STJ/GP N. 2 de 31 de Janeiro de 2019. Disponível em:

Realçando o cerceamento de direitos e as incoerências proporcionados pelo Enunciado, o propósito do presente trabalho é demonstrar a ilegalidade da Súmula nº 51 do TJ/SC frente à legislação processual em vigor.

Para tal, far-se-á a delimitação (i) do contexto e do padrão decisório que levaram à publicação do Enunciado; (ii) dos atributos de delimitação e fracionamento da gratuidade de justiça, consagrados pela previsão legislativa à concessão seletiva, percentual e parcelada do benefício (§§5º e 6º do art. 98); e (iii) das contraposições entre o precedente dotado de força vinculante e a legislação processual em vigor, cuja incompatibilidade importa na premente necessidade de revogação da Súmula nº 51 do TJ/SC.

## **DESENVOLVIMENTO**

### **I. Contexto e fundamentos para aprovação da Súmula nº 51 do TJ/SC**

O Enunciado da Súmula nº 51 do TJ/SC replica o teor da Súmula nº 1 do Grupo de Câmaras de Direito Civil da Corte catarinense, aprovado no dia 13.02.2019<sup>7</sup> e prontamente replicado em julgados daquele Tribunal<sup>8</sup>. Após dois meses da aprovação pelo órgão fracionário, o Órgão Especial referendou, em 17.04.2019, o Enunciado da Súmula nº 51 da Corte.

Em uma análise restrita aos efeitos propostos pelo Enunciado, qual seja, o não conhecimento do pedido recursal à gratuidade quando constatado o recolhimento do preparo, conclui-se tratar de precedente representativo de uma jurisprudência eminentemente defensiva, esta compreendida como a interpretação

---

[https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/?seq\\_documento=20704452&data\\_pesquisa=01/02/2019&seq\\_publicacao=15674&versao=impressao&nu\\_seguimento=00001&parametro=null](https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/?seq_documento=20704452&data_pesquisa=01/02/2019&seq_publicacao=15674&versao=impressao&nu_seguimento=00001&parametro=null). Acesso em: 2 set. 2019.

7 Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/dje-consulta/rest/diario/caderno?edicao=3010&cdCaderno=1>.

Acesso em: 30 out. 2019.

8 (TJ-SC - AR: 40122416520188240000 Capital 4012241-65.2018.8.24.0000, Relator: João Batista Góes Ulysséa, Data de Julgamento: 22/02/2019, Segunda Câmara de Direito Civil).

extensiva de mecanismos processuais voltada à não apreciação da questão material controvertida<sup>9</sup>:

teorizando, podemos afirmar que a jurisprudência defensiva está consubstanciada num fenômeno processual pelo qual o tribunal investe em pronunciamento que não abarca a relação de direito material, com o propósito de finalizar o processo sob a justificativa de não haver sido preenchido algum requisito formal que por vez não impediria o justo julgamento da demanda, bem como, a recomposição do ato sem prejuízo para as partes. (BRIZOLA, 2016, p. 16)

Erigida barreira à apreciação fático-jurídica dos requisitos necessários à concessão da gratuidade de justiça em sede recursal, lançam-se duas hipóteses para compreender as razões que conduziram à cristalização de entendimento defensivo pela Corte catarinense: (i) circunstâncias internas, relacionadas ao número de processos, níveis de eficiência e despesas apresentados pelo Tribunal; e/ou (ii) circunstâncias externas, especificamente, a compatibilidade do teor da Súmula ao entendimento consolidado pelos demais Tribunais pátrios.

Sob a perspectiva interna, elegem-se os dados fornecidos pelo Relatório Justiça em Números 2019, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como instrumentos para aferir eventual causalidade entre a operabilidade do TJ/SC e a consolidação do Enunciado de jurisprudência defensiva.

Segundo o referido Relatório, o TJ/SC, um tribunal de médio porte, apresenta os seguintes destaques negativos quando comparado aos demais 26 Tribunais Estaduais:

**Tabela 1 – Colocação do TJ/SC frente aos demais TJs**

<b>Critério de Avaliação</b>	<b>Colocação</b>
Taxa de congestionamento total	1º

<sup>9</sup> “A jurisprudência defensiva consiste na prática do não conhecimento de recursos em razão de apego formal e rigidez excessiva em relação aos pressupostos de admissibilidade recursal, impondo a supervalorização dos requisitos formais para admissão dos recursos, a partir de uma ótica meramente utilitarista.” (VAUGHN, 2016, p. 326).

IPC-Jus – Produtividade x Insumos (área judiciária)	20º
Casos novos por magistrado	3º
Custo médio mensal por servidores e magistrados	3º
Tempo médio: processos baixados em 1º grau e pendentes	2º

---

Fonte: CNJ (2019)

Para fins de elucidação das grandezas descritas acima, tem-se que a taxa de congestionamento representa o número de processos sem solução *versus* processos em trâmite no ano<sup>10</sup>, sendo subdividida em total, líquida (na qual desconsideram-se processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório), concernente a processos em fase de conhecimento, e feitos em fase de execução. Por sua vez, o Índice de Produtividade Comparada (IPC-Jus) correlaciona os índices de produtividade do Tribunal *versus* os respectivos insumos (número de processos, recursos humanos e recursos financeiros)<sup>11</sup>.

A análise ordinal revela que o TJ/SC apresenta considerável defasagem, em comparação com os respectivos pares, nos níveis de eficiência e produtividade no manejo de processos. Tal defasagem é corroborada pela comparação das taxas apresentadas pelo TJ/SC nos referidos critérios *versus* a média das taxas apresentadas pelos demais Tribunais Estaduais:

---

<sup>10</sup> (CNJ, 2019, p. 95).

<sup>11</sup> (CNJ, 2019, p. 182).



Gráfico 1 – Taxas de Congestionamento

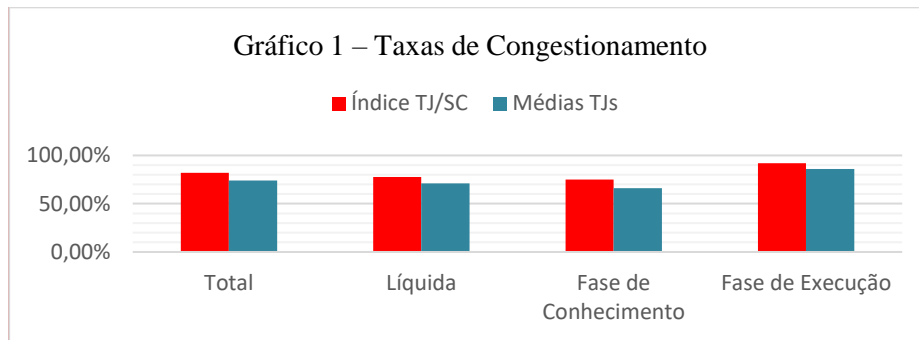


Gráfico 2 – Produtividade x Insumos

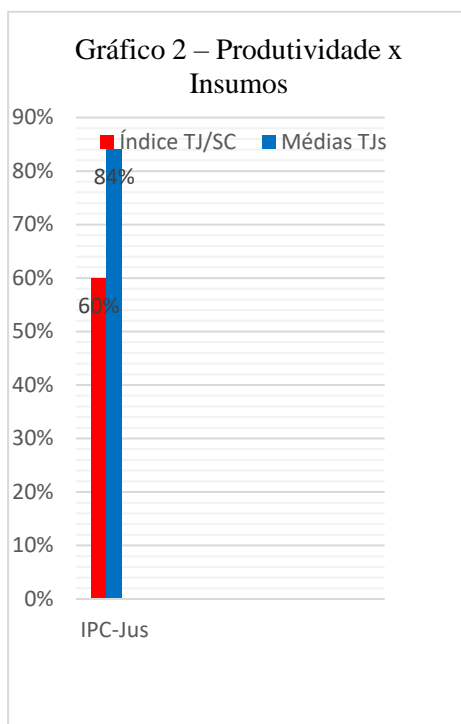
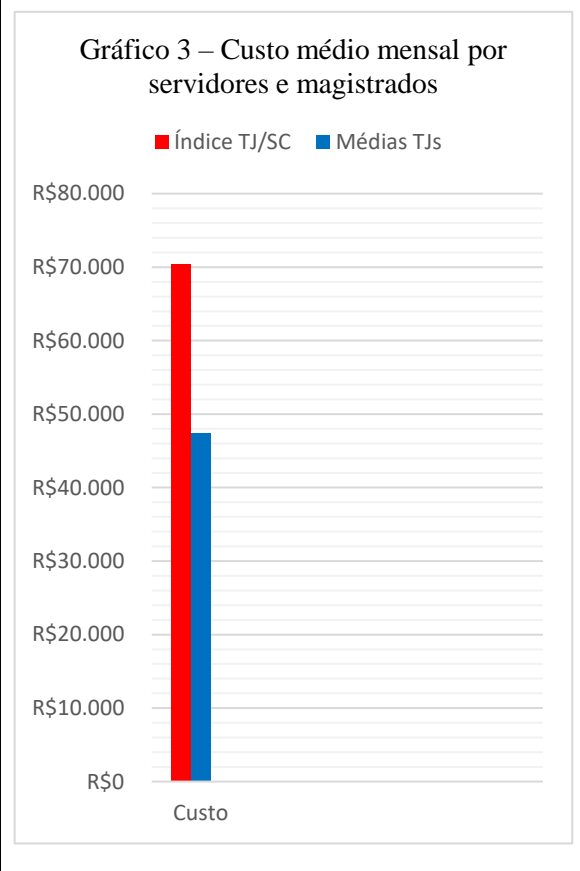
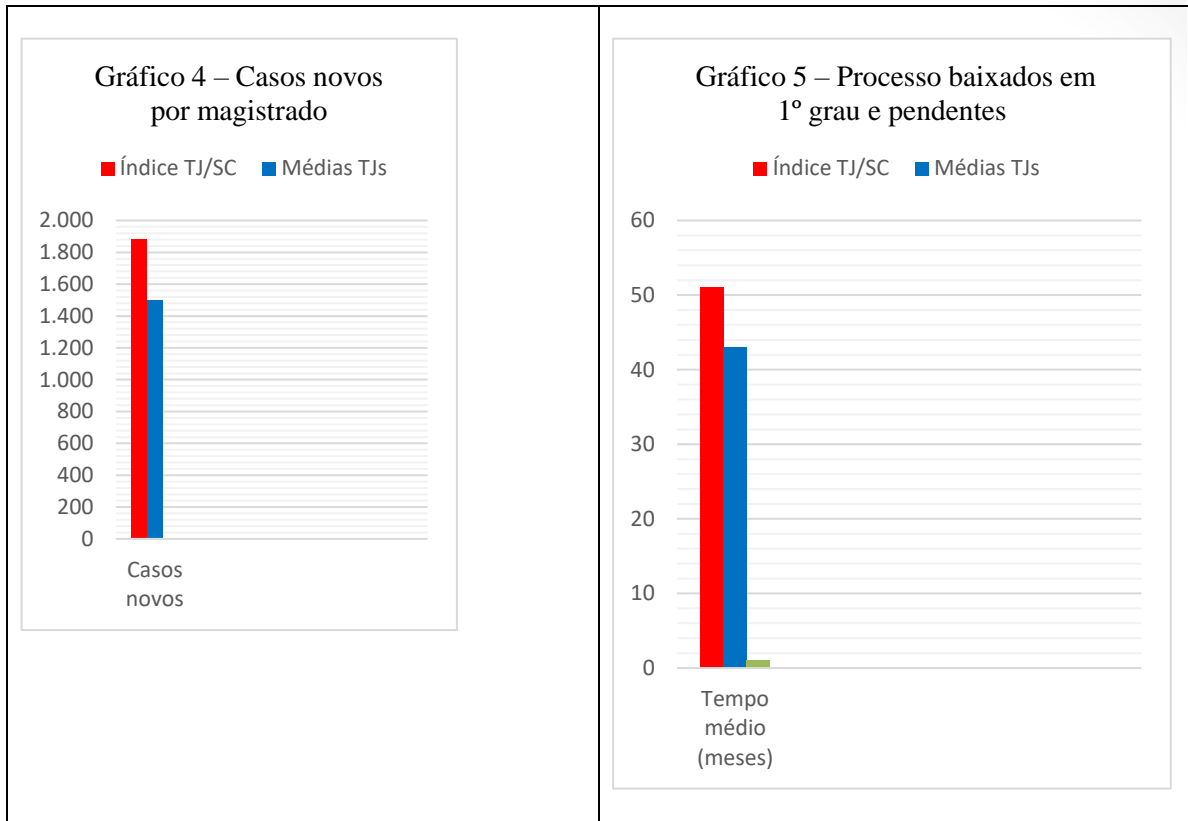


Gráfico 3 – Custo médio mensal por servidores e magistrados





O comparativo de dados demonstra que o TJ/SC, embora empregue 67% a mais de recursos financeiros na manutenção de seu corpo funcional e receba mais processos por magistrado quando comparado a seus pares, apresenta níveis de produtividade muito aquém da média nacional, figurando na 20ª colocação dentre os 27 Tribunais Estaduais do país.

Nesse esteio, os altos índices de paralisação dos processos mostram-se particularmente preocupantes, notadamente quando a Corte catarinense lidera as taxas de congestionamento referentes tanto aos processos em fase de conhecimento quanto em execução<sup>12</sup>.

As circunstâncias internas às quais o TJ/SC encontra-se submetido favorecem, portanto, a consolidação e publicação de precedentes vinculantes imiscuídos de uma jurisprudência defensiva<sup>13</sup>, na medida em que a superposição de

<sup>12</sup> Especificamente no que tange à taxa de congestionamento líquida, única espécie em que não lidera os índices da referida taxa, o TJ/SC figura na 3ª colocação entre os TJs.

<sup>13</sup> A incorporação de construções jurisprudenciais defensivas em precedentes vinculantes não é, em si, um fenômeno a ser repudiado pela prática forense. O que não se pode admitir é que os entendimentos cristalizados pelos Tribunais se alheiem ao próprio sistema legal que lhes confere validade. Tal alheamento é aperfeiçoado tanto no reducionismo de regramentos previstos em lei, como

óbices processuais propicia a extinção dos processos em trâmite e, por conseguinte, reduz as taxas comparativas de processos pendentes e/ou paralisados.

Assim, não se pode desconsiderar o cenário de baixa eficiência processual enfrentado pela Corte catarinense quando da prolação da Súmula nº 51. Tal cenário, todavia, exerce mais um papel de contextualização que de efetiva compreensão das razões que conduziram à aprovação do Enunciado, uma vez que, embora a hipótese ora delineada explique a inclinação da Corte à formação de uma jurisprudência defensiva, não se pode estabelecer uma relação causal necessária entre os índices apontados e a restrição processual imposta especificamente ao pleito à gratuidade de justiça em sede recursal.

Portanto, a integral compreensão do processo de aprovação do Enunciado demanda, também, uma análise do posicionamento jurisprudencial externo acerca da matéria. Conquanto nenhum outro Tribunal tenha sinalizado a formulação de Enunciado semelhante à Súmula nº 51 do TJ/SC, constata-se relativa estabilidade no entendimento, seja no âmbito federal, seja no âmbito estadual, de que o recolhimento do preparo pelo recorrente obstará o conhecimento do pedido à gratuidade de justiça<sup>14</sup>:

---

retratado na Súmula 51 do TJ/SC, quanto na ampliação de prerrogativas desprovida de amparo legal, tal qual a controversa Súmula 568 do STJ, na qual se amplia o rol taxativo de hipóteses (art. 932, IV) em que incumbe ao relator, monocraticamente, negar provimento ao recurso: “Súmula 568 - O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.”

<sup>14</sup> Igualmente no sentido da preclusão lógica, confira-se:

(TJ-RS - AGV: 70080814668 RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Data de Julgamento: 23/05/2019, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/05/2019);

(TJ-SP 10038316120168260266 SP 1003831-61.2016.8.26.0266, Relator: Adilson de Araujo, Data de Julgamento: 05/09/2017, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/09/2017);

(TJ-GO - AI: 00704872020198090000, Relator: SEBASTIÃO LUIZ FLEURY, Data de Julgamento: 28/08/2019, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 28/08/2019);

(TJ-RR - EDecAC: 08003321020158230060 0800332-10.2015.8.23.0060, Relator: Des. , Data de Publicação: DJe 21/05/2019, p.);

(TJ-BA - AGV: 0004039172010805015050000, Relator: Marcia Borges Faria, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 19/07/2018);

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - JUSTIÇA GRATUITA - RECOLHIMENTO DE PREPARO - PRECLUSÃO LÓGICA - AÇÃO DE COBRANÇA - SUSPENSÃO - PENDÊNCIA DE AÇÃO REVISIONAL - SÚMULA 380 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. O recolhimento das custas é ato incompatível com o pedido de justiça gratuita, já que se contrapõe à alegação de ausência de condições para arcar com as despesas processuais.

(...)

(**TJ-MG** - AC: 10701150259995001 MG, Relator: Maurílio Gabriel, Data de Julgamento: 14/03/2019, Data de Publicação: 22/03/2019)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. RECOLHIMENTO DO PREPARO. PRECLUSÃO LÓGICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APRECIACÃO EQUITATIVA. REDUÇÃO. CABIMENTO. CRITÉRIOS DO ART. 85, § 8º, DO CPC/2015. 1. O pagamento do preparo do recurso implica em preclusão lógica quanto ao pedido de gratuidade de justiça, visto que o recolhimento das custas recursais configura ato incompatível com o próprio requerimento do benefício da assistência judiciária gratuita pleiteado em sede recursal.

(...)

(**TJ-DF** 07393152920178070001 DF 0739315-29.2017.8.07.0001, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 22/08/2018, 8ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 28/08/2018 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

APELAÇÃO. JUSTIÇA GRATUITA. RECOLHIMENTO DO PREPARO. PRECLUSÃO LÓGICA. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. COMPROVAÇÃO EFETIVA DA PROPRIEDADE. INDIVIDUALIZAÇÃO DO IMÓVEL E POSSE INJUSTA. PEDIDO REIVINDICATÓRIO PROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA.

---

(TRF-4 - AC: 50057269020164047102 RS 5005726-90.2016.4.04.7102, Relator: CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Data de Julgamento: 16/01/2019, QUARTA TURMA).

PLEITO POR INDENIZAÇÃO DE BENFEITORIAS NÃO APRESENTADOS NA INSTÂNCIA ORIGINÁRIA. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1 - Deve ser indeferido o pedido de justiça gratuita formulado, isto porque os apelantes procederam ao recolhimento do preparo do vertente recurso (evento 69, CUSTAS2), fato que se entremostra logicamente contraditório com o pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, eis que, por injunção lógica, tem-se por demonstrada a sua capacidade econômico-financeira para arcar com as custas e despesas processuais desnaturando o pedido.

(...)

**(TJ-TO - APL: 00195580420188270000, Relator: JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA)**

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DETERMINAÇÃO DE RECOLHIMENTO DO PREPARO PARA O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA APELAÇÃO. PEDIDO DE GRATUIDADE NÃO APRECIADO. POSTERIOR RECOLHIMENTO DO PREPARO. PRECLUSÃO LÓGICA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

(...)

4 - Ainda que se confira ao provimento impugnado cunho decisório, é de se reconhecer que houve a preclusão lógica para o Agravante, uma vez que o preparo foi recolhido, prosseguindo o feito principal. O pagamento do preparo é ato que revela-se incompatível com a vontade de recorrer do suposto indeferimento do benefício da gratuidade de justiça, o que faz desaparecer o interesse processual no recurso, impedindo o seu conhecimento por ausência de um de seu pressupostos processuais. Precedente: TRF 2ª Região, AG 200551010117590, Rel. Des. Fed. Lana Regueira, 4ª T. Esp., DJ 28/05/2010. 5 - Recurso não conhecido.

**(TRF-2 - AG: 201202010188561, Relator: Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM, Data de Julgamento:**

15/07/2014, QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 29/07/2014)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO NO JULGADO. EMBARGOS REJEITADOS.

(...)

O recolhimento das custas processuais é ato incompatível com o pedido de concessão do benefício da gratuidade judicial.

(...)

**(TRF-3** - AI: 00077394320164030000 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, Data de Julgamento: 21/06/2017, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/06/2017)

O referido entendimento é chancelado, inclusive, pelo próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>15</sup>, cuja missão de uniformizar a interpretação da legislação federal fixa as balizas da jurisprudência nacional:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. BANCÁRIO. AÇÃO MONITÓRIA APARELHADA EM CHEQUE PRESCRITO. CONVERSÃO EM EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA FORMULADO NA APELAÇÃO CONCOMITANTE COM RECOLHIMENTO DO PREPARO. INCOMPATIBILIDADE.

---

15 Igualmente nesse sentido, confira-se:

(STJ - AREsp: 1164394 PE 2017/0220728-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Publicação: DJ 30/10/2017);

(STJ - REsp: 1695663 RJ 2017/0162043-8, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Publicação: DJ 27/11/2017);

(STJ - AREsp: 1311509 DF 2018/0146595-7, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Publicação: DJ 04/09/2018).



PRECLUSÃO LÓGICA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DO STJ. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (...) Efetivamente, esta Corte Superior de Justiça possui entendimento no sentido de que, ao realizar o preparo prévio do recurso, a parte pratica ato incompatível com o seu pedido de assistência judiciária gratuita, o que configura preclusão lógica, além de que o recolhimento do respectivo preparo denota a possibilidade econômica da parte em arcar com os custos do processo.

(STJ - REsp: 1610939 DF 2016/0156032-4, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Publicação: DJ 28/03/2017)

Note-se, por fim, que a inteligência atrelada à Súmula nº 51 do TJ/SC extrapola o âmbito jurisprudencial, sendo, inclusive, replicada em manuais de Direito:

Caso o recorrente realize o preparo prévio, haverá preclusão lógica [do recurso interposto contra o indeferimento do pedido de justiça gratuita], porquanto tal ato, segundo o entendimento do STJ, é incompatível com a vontade de obter o benefício. (DONIZETTI, 2017, p. 181).

Assim, mais do que a conveniência interna de se fixar uma orientação eminentemente defensiva, constata-se que o consenso dos Tribunais pátrios acerca da matéria igualmente contribuiu ao referendo do Órgão Especial à Súmula nº 51 do TJ/SC, porquanto propiciara robusto arcabouço jurisprudencial externo conivente à cristalização da concepção unitária da justiça gratuita em texto de súmula.

A formação das normas jurisprudenciais carece, todavia, do imediatismo que pode ser encontrado em algumas normas legislativas, nas quais a súbita potencialização de um posicionamento pode dar à luz um texto normativo. No processo de formação daquelas, em especial, das súmulas, há a sedimentação de decisões que, uma vez consolidadas<sup>16</sup>, resultam na cristalização de uma tese jurídica referente ao entendimento do Tribunal acerca de determinada matéria:

---

<sup>16</sup> Didier, Braga e Oliveira (2016) advertem quanto à não participação das partes no processo de formulação da súmula, circunstância que torna o instituto particularmente suscetível à desvirtuação pelo arbítrio do Tribunal. Nesse sentido, Ives Gandra protesta contra a abrangente reforma de Enunciados subitamente empreendida pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) nos anos de 2011 e 2012: “Tal ativismo judicial e voluntarismo jurídico atingiram seu ápice nas denominadas “Semanas do TST”, de 2011 e 2012, quando o Tribunal Superior do Trabalho se fechou para rever sua jurisprudência e, como fruto dessa reflexão interna, sem que houvesse processos sendo julgados para se estabelecer nova jurisprudência, mudou-se a sinalização de mais de 50 súmulas e orientações

Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da ratio decidendi (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente. (...) [A súmula] não é uma decisão que constitui um precedente, mas, sim, um texto conciso criado pelo tribunal, com o propósito de enunciar o entendimento que ali prevalece. (DIDIER; BRAGA; OLIVERA, 2016, pp. 500-502).

Nesse aspecto, o processo formal que antecedeu o referendo à Súmula nº 51 do TJ/SC é irretocável. Em observância ao art. 926, caput e §1º, editou-se Enunciado que, de fato, reflete a jurisprudência dominante na Corte catarinense. Assim, a contraposição ao conteúdo da Súmula demanda uma precisa delimitação dos fundamentos jurídicos que, pouco a pouco, levaram o Tribunal a propagar o entendimento de que o recolhimento do preparo impossibilita o conhecimento do pedido recursal à gratuidade de justiça.

Em atenção à necessidade de contextualização do padrão decisório que conduziu à formação do precedente vinculante (art. 966, §5º)<sup>17</sup>, o TJ/SC disponibiliza na rede mundial de computadores vinte e quatro arestos do Tribunal que antecederam o referendo ao Enunciado da Súmula nº 5118. A análise dos argumentos jurídicos estampados nos referidos precedentes é esquematizada no gráfico abaixo e individualmente delineada na Tabela 2 (Anexo).

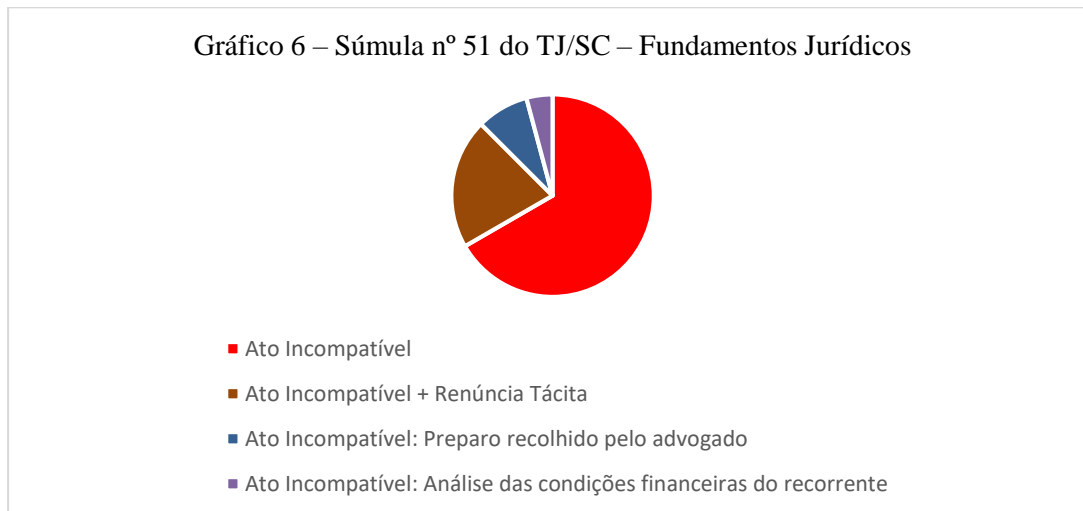
---

jurisprudenciais, para se reconhecer novos direitos aos trabalhadores, onde antes a jurisprudência pacificada dizia que, de acordo com a lei, tais pretensões não poderiam ser acolhidas pelo Judiciário. Com isso se criavam, da noite para o dia, passivos trabalhistas enormes para as empresas.” (MARTINS FILHO, 2019, p. 94).

17 Enunciado 166 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente.”

18 Disponível em: <https://tjsc.jus.br/documents/557855/3390160/Súmula+51/1b2c003e-3963-81a0-4334-93e1c1034f05>. Acesso em: 15 out. 2019.

Gráfico 6 – Súmula nº 51 do TJ/SC – Fundamentos Jurídicos



Conforme se extrai da Tabela 2, a estrutura argumentativa predecessora da Súmula nº 51 do TJ/SC subdivide-se em dois grupos principais, diferenciados pela indicação: (i) apenas do argumento de incompatibilidade; e (ii) deste argumento, associado à materialização de renúncia tácita ao benefício<sup>19</sup>.

Para fins de especificação das fundamentações supramencionadas, transcreve-se arestos representativos de cada grupo argumentativo:

#### **Ementa – Ato incompatível**

AGRAVO INTERNO. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA COM EFEITOS EX NUNC. PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DO PREPARO RECURSAL PELO AGRAVANTE. ATO INCOMPATÍVEL COM O PEDIDO FORMULADO. PRECLUSÃO LÓGICA. PRECEDENTES DESTA CORTE. (...)

"O recorrente que, em apelação cível, pleiteia a gratuidade da justiça, mas, ao mesmo tempo, quita o preparo, pratica ato incompatível com o pedido manifestado, ensejando o reconhecimento da preclusão lógica"(...)

<sup>19</sup> Embora o recolhimento efetuado pelo advogado não consista, propriamente, um grupo argumentativo particular, o destaque dessa estrutura faz-se necessário para posterior análise de que, mesmo quando demonstrado o recolhimento do preparo por terceiros, o entendimento propagado pelo TJ/SC impõe o não conhecimento do pedido à gratuidade formulado pela parte recorrente.

(TJ-SC - AGV: 00027270720108240011 Brusque 0002727-07.2010.8.24.0011, Relator: Marcus Tulio Sartorato, Data de Julgamento: 31/10/2017, Terceira Câmara de Direito Civil)

#### **Trecho do voto relator**

O recolhimento das custas processuais pelo apelante ocasionou-lhe a perda da faculdade processual de impugnar a decisão de indeferimento do benefício da justiça gratuita, pois esse ato é logicamente incompatível (preclusão lógica) com o pedido de concessão do benefício da gratuidade judiciária.

#### **Ementa – Ato incompatível associado à renúncia tácita**

(...) 1. REQUERIMENTO DE JUSTIÇA GRATUITA. PAGAMENTO DO PREPARO. PRÁTICA DE ATO INCOMPATÍVEL COM A PRETENSÃO RECURSAL. PEDIDO PREJUDICADO. (...)

(TJ-SC - AC: 00362603620118240038 Joinville 0036260-36.2011.8.24.0038, Relator: Raulino Jacó Brüning, Data de Julgamento: 12/07/2018, Primeira Câmara de Direito Civil)

#### **Trecho do voto relator**

##### 1.1. Da justiça gratuita

Ab initio, importa dizer que o pedido de gratuidade judiciária formulado pelos recorrentes encontra-se prejudicado, pois eles efetuaram o pagamento do preparo recursal.

Aplica-se ao caso, analogicamente, o disposto no artigo 1.000 do Código de Processo Civil de 2015 (semelhante ao antigo artigo 503), leia-se:

Art. 1.000. A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a decisão, não poderá recorrer.

Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer.

(...)

Por conseguinte, tendo em vista que os apelantes praticaram ato incompatível com o pedido de justiça gratuita, não se conhece do referido pleito.

Assim, a tese de incompatibilidade entre o ato de recolhimento do preparo e o pedido recursal à gratuidade é precipuamente alicerçada no instituto da preclusão lógica. Por sua vez, a alegação de renúncia tácita, complementar à tese de incompatibilidade, encontra amparo normativo no art. 1.000, parágrafo único, do CPC.

Delineado o suporte argumentativo que conduziu ao referendo da Súmula nº 51 do TJ/SC, a demonstração da ilegalidade do Enunciado perpassa, precisamente, a exposição das razões pelas quais o recolhimento do preparo não constitui ato incompatível com o pedido recursal do benefício, tampouco caracteriza a renúncia tácita do recorrente. Para esse fim, faz-se necessária uma prévia análise dos atributos da gratuidade de justiça consagrados pelos §§5º e 6º do art. 98 do CPC que conduzem a tal conclusão.

## **II. As hipóteses de concessão seletiva, percentual ou parcelada do benefício da gratuidade de justiça**

### **(i) Histórico e possíveis causas**

A Súmula nº 51 do TJ/SC incorpora uma concepção unitária do benefício da gratuidade de justiça, segundo a qual o custeio de apenas uma despesa processual, ainda que ínfima, anularia o interesse recursal da parte em ver-se albergada pelo benefício nos gastos posteriormente exigíveis.

A inteligência do Enunciado se contrapõe, assim, a hipótese de concessão parcial do benefício, aplicável quando as condições financeiras da parte, por um lado, impossibilitem o custeio integral das despesas judiciais e, por outro, não justifiquem a extensão da isenção à totalidade dos gastos processuais. Trata-se de hipótese que, embora consagrada pelo CPC, já encontrava respaldo na derogada Lei nº 1.060/50.

Ressalvadas algumas disposições esparsas e de menor expressividade<sup>20</sup>, o benefício da gratuidade de justiça não fora objeto de maior delimitação pelo CPC/73,

---

<sup>20</sup> Art. 19, caput, do CPC/73. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.;

de modo que cabia primordialmente à Lei nº 1.060/50 a regência do tema em âmbito nacional. Sob a vigência do referido Diploma, doutrina e jurisprudência voltavam-se ao art. 13 para fundamentar a possibilidade de concessão percentual do benefício da justiça gratuita: “Se o assistido puder atender, em parte, as despesas do processo, o Juiz mandará pagar as custas que serão rateadas entre os que tiverem direito ao seu recebimento”.

Não obstante a truncada redação do dispositivo, ganhou solidez o entendimento doutrinário segundo o qual, uma vez constatadas (i) a insuficiência de recursos para o adimplemento integral das despesas judiciais; (ii) e, ao mesmo tempo, a possibilidade de custeio de uma fração das referidas despesas, o art. 13 da Lei nº 1.060/50 possibilitaria ao magistrado o deferimento do benefício mediante a concessão de desconto percentual à parte:

Uma vez concedido o benefício, a regra é que o beneficiário alcança in totum as benesses da assistência judiciária; contudo, se há possibilidade dele arcar com parte dos custos, em qualquer momento da relação jurídica de direito processual, pode o juiz determinar que ele suporte parcela fixa ou variável daqueles. (...) Então, o benefício pode ser concedido em parte, como, por exemplo, cabe ao beneficiário arcar com 30% das despesas judiciais. (CAMPO, 2002, p. 77) 21

Uma vez consolidado o aprimoramento do dispositivo legal pela doutrina, a concessão percentual do benefício da justiça gratuita passou a ser chancelada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>22</sup>:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO.  
RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE  
ISENÇÃO PARCIAL DO PAGAMENTO DE DESPESAS

---

Art. 687, § 1º, do CPC/73. A publicação do edital [da alienação em hasta pública] será feita no órgão oficial, quando o credor for beneficiário da justiça gratuita.

21 Ainda nesse sentido: “Já defendíamos essa possibilidade [modulação do benefício da justiça gratuita] desde a primeira edição deste livro, publicada em 2004. Independentemente de haver texto expresso de lei, o magistrado está autorizado - sempre esteve - a agir dessa forma, afinal de contas se ele pode dispensar integralmente o adiantamento das despesas, e pode fazê-lo quanta a todos os atos do processo, motivo não há para que não se admita a modulação do benefício: quem pode mais pode menos.” (DIDIER; OLIVERA, 2016, p. 53).

22 (STJ - REsp: 790807 MG 2005/0176360-4, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 09/10/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 05/11/2007 p. 225).



PROCESSUAIS (LEI Nº 1.060/50). POSSIBILIDADE. 1. O Judiciário pode conferir apenas em parte o benefício de assistência judiciária, desde que vislumbrada certa possibilidade de se arcar com as despesas processuais. 2. Agravo improvido.

(STJ - AgRg no Ag: 632839 MG 2004/0140886-1, Relator: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Data de Julgamento: 28/03/2006, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 15/05/2006 p. 312)

Pacificada no âmbito jurisprudencial e doutrinário a possibilidade de flexibilização do benefício às especificidades do caso concreto, coube ao CPC aperfeiçoar o tema no âmbito legal. Dentre os entendimentos positivados pelo Código, figuram os §§5º e 6º do art. 98, nos quais, superando-se as ambiguidades que circundavam o art. 13 da Lei nº 1.060/50, previu-se expressamente as hipóteses de concessão seletiva, percentual ou parcelada da gratuidade de justiça:

§ 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

Em prol da clareza dos conceitos empregados, compreende-se como concessão *seletiva* a delimitação do benefício a uma ou algumas das espécies típicas e atípicas<sup>23</sup> de despesas processuais. Por sua vez, as modalidades de concessão *percentual* e *parcelada* concernem, respectivamente, à possibilidade do beneficiário custear tão somente uma porcentagem das despesas processuais ou adimpli-las de forma parcelada.

---

<sup>23</sup> As despesas atípicas são aquelas que, embora não previstas expressamente nos incisos do art. 98, §1º, estão igualmente abrangidas pelo benefício por força da cláusula geral inserta ao fim do inciso VIII: “os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório”. A título de exemplo, defende-se o direito do beneficiário da gratuidade de justiça integral em ver-se isento das custas de digitalização dos autos físicos, por vezes requisitada pelos Tribunais como condição ao processamento do cumprimento de sentença via sistema eletrônico (TJDFT: Portaria Conjunta nº 85 de 29.09.2016; e TRF – 3ª Região: Resolução PRES nº 142, de 20.07.2017).

Embora não se possa atribuir ineditismo ao CPC na pacificação da possibilidade de concessão percentual do benefício (DIDIER; OLIVEIRA, 2016, p. 53)<sup>24</sup>, há de se apontar a originalidade do Diploma Processual em ampliar os instrumentos de dosagem da hipossuficiência financeira das partes, alçando ao patamar legal, de forma inovadora, a possibilidade de concessão seletiva ou parcelada do benefício (art. 98, §§5º e 6º).

Mais do que consagrar a hipótese de concessão *parcial*<sup>25</sup>, os §§5º e 6º do art. 98 são responsáveis por conferir, no âmbito legal, atributos de delimitação (concessão seletiva) e fracionamento (isenção percentual ou parcelada) à gratuidade de justiça, rompendo-se, em definitivo, com um modelo binário de irrefletido deferimento ou indeferimento integral do benefício.

Ao proporcionar ampla gradação e, por conseguinte, melhor adequação do custeio das despesas processuais às condições financeiras das partes, a efetiva adoção da tríade de instrumentos disponibilizada pelos §§5º e 6º do art. 98 demonstra-se benéfica tanto ao Estado-Juiz quanto às partes litigantes.

Sob a perspectiva estatal, embora o papel desempenhado pelo Poder Judiciário seja digno de reconhecimento e apreço, o constante e vertiginoso aumento no número de processos entre os anos de 2009 e 2017 (CNJ, 2019, p. 79)<sup>26</sup> alerta para a premente necessidade de readequação dos custos atrelados à máquina jurisdicional. Apenas em 2018, o Judiciário brasileiro dispendeu um total de R\$

---

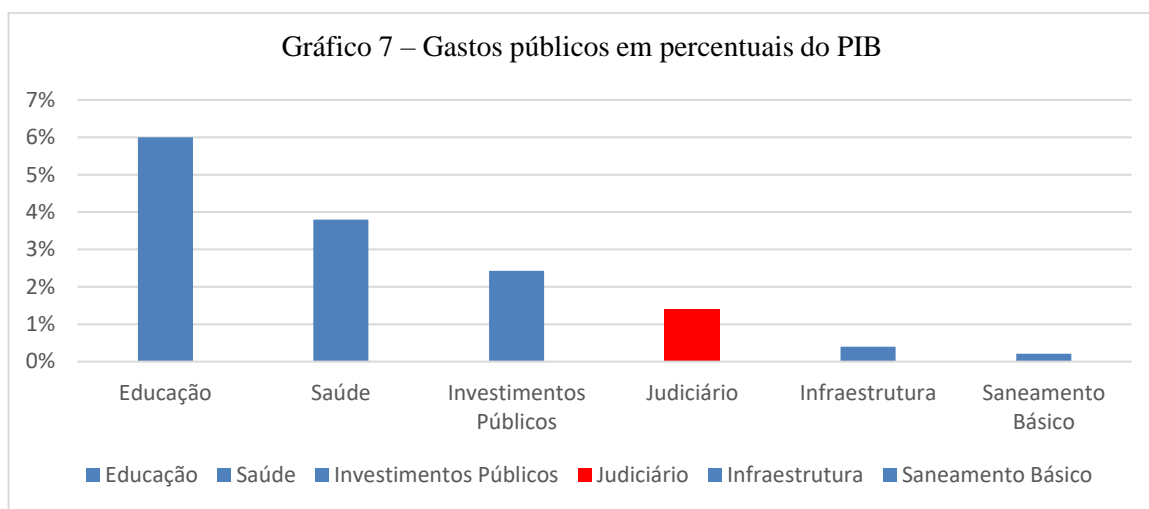
24 Deveras, a primeira menção do ordenamento jurídico pátrio à concessão percentual do benefício, guardadas as devidas adequações cronológicas, aparenta remontar ao art. 99 da Lei nº 261/1.841: “Sendo o réu tão pobre que não possa pagar as custas, perceberá o Escrivão a metade dellas do cofre da Camara Municipal da cabeça do Termo, guardado o seu direito contra o réu quanto á outra metade.” (ALVES; VIEIRA, 2005, p. 276).

25 A concessão parcial é, assim, gênero composto pelas modalidades seletiva, percentual ou parcelada de aplicação do benefício.

26 Importante consignar que a estabilização e o decréscimo do número de processos verificados, respectivamente, em 2017 e 2018, devem-se primordialmente à vigência da Reforma Trabalhista, não se constatado, por ora, indícios de desobstrução do aparato jurisdicional na área cível. “O ano de 2017 foi marcado pelo primeiro ano da série histórica em que se constatou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009 e manteve-se relativamente constante em 2017. Em 2018, pela primeira vez na última década, houve de fato redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais. (...) O resultado decorre, em especial, do desempenho da Justiça do Trabalho, que praticamente manteve a produtividade do ano anterior apesar da redução de 861 mil novos processos. (...) Com relação às justiças Estadual e Federal, o estoque permaneceu quase constante nos últimos 2 anos.” (CNJ, 2019, p. 79).

93.725.289.276,00 montante equivalente a 1,4% do Produto Interno Bruto registrado no mesmo ano (CNJ, 2019, pp. 84-86).

Para fins comparativos, constata-se que o dispêndio anual com a manutenção do Poder Judiciário supera, em muito, o volume de recursos destinados a pautas prioritárias da agenda pública, tais como saneamento básico e infraestrutura<sup>27</sup>:



O impasse quanto ao alto custo do Judiciário nacional, na iminência de atingir a ordem da centena de bilhão, adquire contornos dramáticos quando constatado que 90,8% desses gastos encontram-se engessados em folhas de

<sup>27</sup> Dados relativos ao ensino disponíveis em:

<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/617267/CesefEducacao9jul18/4af4a6db-8ec6-4cb5-8401-7c6f0abf6340>;

Saúde:

<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/AspectosFiscaisSa%C3%BAde2018/a7203af9-2830-4ecb-bbb9-4b04c45287b4>;

Investimentos Públicos:

<https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/posts/investimentos-publicos-1947-2018>;

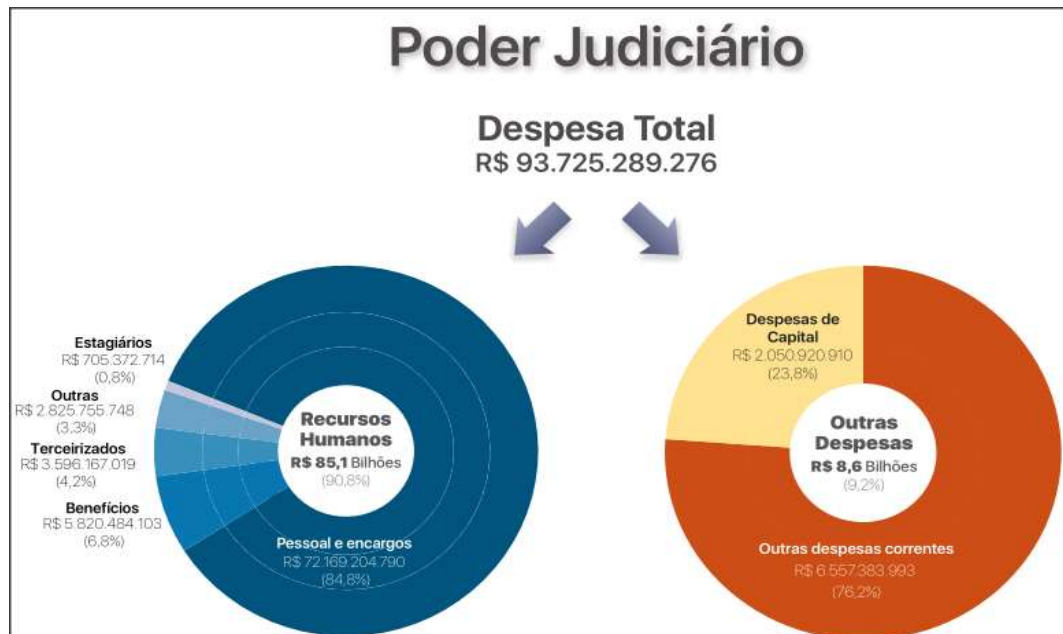
Saneamento básico:

<http://abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2019/04/PANORAMA2019low.pdf>.

Todos com data de acesso em: 30 out. 2019.

pagamento de pessoal, devendo as estratégias de curto prazo voltadas à sustentabilidade da jurisdição centrar-se nos R\$ 8,6 bilhões restantes, verba sujeita à efetiva gestão.

Figura 1 – Alocação orçamentária do Poder Judiciário



Fonte: CNJ, 2019.

Repensar a forma de provimento jurisdicional não é, portanto, uma opção normativa incompatível com o princípio constitucional de acesso à justiça, mas uma necessidade orçamentária que torna sustentável a efetiva materialização de tal princípio.

Nesse cenário, a desoneração seletiva, percentual ou parcelada do Estado no custeio das despesas processuais reclama maior atenção da prática forense. O Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal (CNIJF) alerta que “Pouco se debateu, até o momento, sobre a possibilidade da concessão de gratuidade limitada, à luz das disposições do novo CPC. A tendência se manteve a mesma que já era adotada sob a égide do CPC de 1973.” (CNIJF, 2019, p.18). O Órgão se mobiliza em estudos voltados a minimizar os gastos suportados pela Justiça Federal que, somente no ano de 2017, dispendeu R\$ 170.418.280,45 no custeio de perícias judiciais (CNIJF, 2018, p. 3). Diante de tal cenário, potencialmente abrandável pela efetiva implementação da tríade de instrumentos prevista nos §§5º e 6º do art. 98, recomenda-se:

Algumas medidas paliativas podem ser implementadas com vistas a reduzir os impactos da concessão da gratuidade

judiciária. São elas, entre outras: (i) concessão parcial da gratuidade, quando for o caso; (ii) pagamento de parte das despesas com perícia pelo beneficiário (ou pagamento da segunda ou terceira perícias) (...) (CNIJF, 2019, pp. 28-29)

Na conjuntura do Judiciário nacional, o Relatório Justiça em Números consigna o deferimento da assistência judiciária gratuita (AJG) em 34% dos processos em curso (CNJ, 2019, p. 84), ressalvadas as ações penais, o que corresponde a uma despesa anual de, aproximadamente, um bilhão de reais – montante equivalente a 11% do orçamento do Judiciário não afetado à folha de pagamento (R\$ 8,6 bilhões).

Aqui impende um apontamento: embora a doutrina distinga a AJG e o benefício da gratuidade de justiça, sendo a primeira compreendida como o direito à representação processual gratuita por profissional de direito e a última como a isenção ao pronto custeio das despesas judiciais<sup>28</sup>, o Relatório elaborado pelo CNJ não delinea os gastos que adviriam especificamente do benefício da gratuidade de justiça, o qual, evidentemente, pode ser concedido à parte que goze ou não da AJG. Sem pretensões de acuidade estatística, a qual não constitui o objeto deste estudo, assume-se, em uma valoração otimista de dados, que o supramencionado gasto anual de um bilhão de reais englobe o total das despesas judiciais arcadas pelo Estado na concessão do benefício da gratuidade: (i) àqueles contemplados pela AJG, não sendo a gratuidade judicial consequência necessária, embora usual, de tal contemplação; e (ii) àqueles patrocinados por advogados particulares e que, em não poucos casos, igualmente são albergados pela isenção de despesas judiciais (art. 99, §4º). Face às aproximações aqui adotadas, é possível que o custo ao Estado decorrente da gratuidade de justiça seja ainda maior, especialmente quando constatado que 14 dos 27 Tribunais de Justiça Estaduais não possuem dados fidedignos quanto aos gastos atrelados à AJG<sup>29</sup>. Faz-se imprescindível, em prol do

---

28 “O direito à assistência judiciária consiste no patrocínio da causa de forma gratuita por advogado público (por exemplo, Defensor Público) ou particular (por exemplo, núcleos de prática jurídica das faculdades de direito). Tem a ver, portanto, com a prestação de serviços em juízo. (...) O direito à gratuidade da justiça, ou justiça gratuita, por sua vez, é a dispensa do pagamento antecipado das despesas do processo e dos honorários advocatícios, que, contudo, podem vir a ser cobrados na hipótese de pagamento abarca também alguns atos extrajudiciais, indispensáveis à tutela jurisdicional efetiva.” (SILVA, 2015, pp. 300-301).

29 “Em ambas as figuras [gráficos comparativos dos percentuais de despesa com benefício de assistência judiciária gratuita frente à despesa total dos Tribunais], se verifica um excesso de valores próximos de zero, o que pode denotar alguma dificuldade dos tribunais na apuração da despesa com assistência judiciária gratuita ou pagamento dos custos por outros órgãos públicos, não necessariamente significando ausência de concessão.” (CNJ, 2019, p. 86).

responsável regramento dos institutos processuais de assistência, o pronto processamento de tais dados por uma coleta sistematizada.

Por outro lado, a concessão genérica e irrefletida do benefício da gratuidade demonstra-se igualmente prejudicial ao jurisdicionado, porquanto reduz as singularidades do caso concreto a uma classificação binária: o requerente do benefício é considerado apto ou inapto ao custeio integral do processo:

A análise do requerimento do benefício deixa de ser feita com base no tudo ou nada, oito ou oitenta. Com isso, muitos pedidos que outrora eram feitos e rejeitados, sob o fundamento de que o requerente não era tão pobre assim, poderão agora ser reavaliados. A modulação ganha importância exatamente aí: nas situações limítrofes, em que o requerente não é tão evidentemente pobre, mas tampouco é notoriamente abastado. Em situações tais, o pensamento do tudo ou nada fatalmente causaria um prejuízo a alguém. Com a possibilidade, agora expressa, de concessão de um benefício alternativo, o julgador pode viabilizar uma solução para aquele caso em que o requerente tem, ao menos, condições de antecipar uma parte do pagamento, ou o pagamento da maioria dos atos processuais, ou ainda o pagamento parcelado. (DIDER; OLIVEIRA, 2016, p. 54)

Note-se que a evolução no regramento do benefício indica a superação legislativa dos paradigmas de pobreza e necessidade então vigentes sob a Lei nº 1.060/50 (arts. 2º, parágrafo único e 4º, §1º30), os quais foram sucedidos pela consagração do critério de “insuficiência de recursos” como requisito à concessão do benefício da gratuidade (art. 5º, LXXIV, da CF e art. 98, caput, do CPC). A evolução do ordenamento jurídico repudia, assim, a análise binária calcada em um modelo de “tudo ou nada”, na qual a concessão do benefício inclina-se a perquirir uma comprovação de miserabilidade do requerente.

---

30 Art. 2º, Parágrafo único, da Lei nº 1.060/50. Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Art. 4º, §1º, da Lei nº 1.060/50. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.



É possível que uma pessoa natural, mesmo com boa renda mensal, seja merecedora do benefício, e que também o seja aquele sujeito que é proprietário de bens imóveis, mas não dispõe de liquidez. (...) Por isso mesmo, nem sempre o beneficiário será alguém em situação de necessidade, de vulnerabilidade, de miséria, de penúria – sobretudo agora, com a possibilidade expressa de modulação do benefício. (DIDIER; OLIVEIRA, 2016, pp. 60-61).

Negar efetividade aos instrumentos de gradação previstos nos §§5º e 6º do art. 98 implica, portanto, grave deficiência de prestação jurisdicional, seja sob a constatação fática de inadequação à pluralidade de situações observáveis em casos concretos, seja sob o argumento estritamente jurídico, porquanto superado, há muito, o paradigma de condicionamento do benefício à miserabilidade do beneficiário.

#### **(ii) Novo paradigma de provimentos judiciais aplicáveis ao pedido de concessão da gratuidade de justiça**

Embora notáveis, a consagração, no âmbito legal, das hipóteses de concessão seletiva, percentual e parcelada da gratuidade de justiça e a posituação dos respectivos atributos de delimitação e fracionamento não encerram as contribuições dos §§5º e 6º do art. 98 à sofisticação da gratuidade de justiça no Direito Processual brasileiro. Isto porque, mais do que a mera enunciação legislativa da tríade de instrumentos gradativos, os dispositivos buscam uma alteração paradigmática dos provimentos judiciais aplicáveis ao pedido de concessão do benefício.

*Prima facie*, deve-se compreender que, em geral, os pedidos submetidos à apreciação judicial comportam três hipóteses de provimentos judiciais (art. 490): (i) acolhimento integral; (ii) rejeição integral; ou (iii) acolhimento parcial – sendo esta última restrita aos pedidos passíveis de fracionamento, nos quais cabe ao magistrado negar provimento à fração à qual a parte carece de direito<sup>31</sup>.

---

31 “É possível que ocorra a chamada procedência parcial: quando se pleiteia uma indenização “X” e o magistrado concede “X- V”, p. ex.” (DIDIER; BRAGA; OLIVERA, 2016, p. 741).

Assim, nos pedidos insuscetíveis de fracionamento, tal qual a entrega de coisa indivisível, a atuação do magistrado é, a princípio<sup>32</sup>, restrita às hipóteses de acolhimento ou rejeição integrais. Noutra giro, os pedidos fracionáveis, referentes, por exemplo, às obrigações pecuniárias ou de fazer concernentes a objetos divisíveis, conferem ao magistrado uma terceira hipótese, qual seja, o acolhimento parcial do pedido.

Sendo a gratuidade de justiça legalmente dotada dos atributos de delimitação (seletividade) e fracionamento (isenção percentual ou parcelada), não há dúvida quanto ao pertencimento do benefício a este último grupo.

Nesse sentido, ao ditar que a gratuidade *poderá* ser concedida parcialmente, o legislador não confere ao magistrado uma faculdade, mas insere no âmbito da apreciação judicial uma terceira hipótese que, acaso aplicável às especificidades financeiras do caso concreto (capacidade da parte *versus* despesas a serem custeadas), *deverá* ser concedida à parte parcialmente hipossuficiente, sob risco de negativa do direito constitucional de assistência do Estado aos desprovidos de suficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, da CF).

Assim, o provimento jurisdicional que, ao verificar a hipossuficiência *parcial* de recursos pelo jurisdicionado, indefere *integralmente* o benefício da gratuidade de justiça, demonstra-se tão equivocado quanto a decisão que, ao reconhecer tão somente parcela da soma pleiteada pelo autor, indefere integralmente o pedido deduzido em juízo.

Ao formular o pedido à gratuidade de justiça, o requerente pugna pela concessão de isenção a todo o espectro de despesas, típicas e atípicas, insurgentes no curso do processo<sup>33</sup>. Incumbe ao magistrado, então, um exercício de ponderação entre a capacidade financeira demonstrada pela parte *versus* as despesas processuais a serem custeadas para, somente após essa análise, verificar a aplicabilidade das seguintes hipóteses de provimento jurisdicional: (i) acolhimento integral, lastreada

---

<sup>32</sup> Desconsidera-se, no ponto, a possibilidade de conversão em perdas e danos uma vez impossibilitada a concessão da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. (art. 499).

<sup>33</sup> Trata-se de hipótese de formulação genérica do pedido à justiça gratuita. Nada obsta, todavia, que o próprio requerente, com fulcro nos §§5º e 6º do art. 98, apresente o pleito à concessão seletiva, percentual e/ou parcelada da gratuidade de justiça. Tal estratégia demonstra-se particularmente recomendável aos parcialmente hipossuficientes, os quais, ao restringirem o âmbito da isenção almejada, conferem maior precisão à análise (capacidade *versus* despesa) a ser realizada pelo magistrado e, por conseguinte, aumentam as chances de êxito à concessão parcial frente ao improvável deferimento integral do benefício.

na miserabilidade da parte; (ii) rejeição integral do pedido, em razão da suficiência financeira do requerente frente aos gastos da demanda; ou (iii) acolhimento parcial, aplicável aos casos intermediários nos quais as condições financeiras da parte não caracterizem hipossuficiência absoluta, tampouco impossibilitem o custeio integral do processo.

Desse modo, o novo CPC melhor regula a situação de impossibilidade relativa de pagamento das despesas. Fossem os gastos, no caso concreto, de apenas algumas centenas de reais, para um litigante de classe média-alta não haveria óbice ao acesso à justiça; entretanto, quando tais despesas podem entrar na casa das dezenas de milhares de reais, é improvável que, à exceção dos mais abonados do extremo ápice da pirâmide social, a parte tenha condições de adiantar as custas incidentes sobre o feito. Negar-lhes o benefício, nesse caso, seria uma afronta ao direito de acesso à justiça; mas, por outro lado, a gratuidade completa também não soa adequada. Mostrou-se bastante oportuna, portanto, a afirmação expressa da possibilidade de concessão de gratuidade parcial, trazida pelo CPC/2015, cabendo ao magistrado, caso a caso, determinar a proporção do benefício a ser concedido ao requerente. (MARCACINI; MARTINS, 2016, p. 39).

Diante deste último cenário, incumbe ao magistrado eleger os instrumentos gradativos que melhor se adequem ao caso, mediante a concessão de um desconto percentual ao requerente, a dilatação do recolhimento das custas em parcelas ou, se o caso, a delimitação de isenção a apenas um segmento das despesas processuais. Pode o Juiz, inclusive, optar pela aplicação cumulativa das modalidades intermediárias do benefício:

Embora o NCPC não contemple a hipótese de maneira explícita, plenamente possível, a meu ver, a combinação de todas as três benesses referidas, vale dizer, a concessão de redução percentual da despesa de um só ato processual, mediante pagamento parcelado. (SILVA, 2015, p. 306).

Portanto, a inauguração de uma terceira via de provimento do benefício retira do magistrado, quando interpelado por parte parcialmente hipossuficiente, a *faculdade* de sopesar a aplicabilidade de concessão parcial do benefício, cuja análise torna-se *compulsória*, seja por melhor se coadunar ao princípio de fundamentação

das decisões (art. 11), seja por proporcionar melhor alocação dos custos processuais entre as partes e o Estado-Juiz.

Preserva-se, assim, o direito de acesso à justiça em igualdade de condições, o qual, para além da estatura constitucional (art. 5º, LXXIV), é refletido pelo CPC no *dever* do magistrado em assegurar às partes igualdade de tratamento (art. 139, §1º) e na norma fundamental do processo civil à paridade de armas, expressamente estendida aos ônus processuais e aos meios de defesa:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Sem prejuízo da necessária resignificação forense quanto à análise dos pedidos à gratuidade de justiça, tem-se que o posicionamento de sequer considerar as condições financeiras apresentadas pela parte, por amparo exclusivo em prévio custeio de algum encargo processual, é eivado de patente incoerência.

Conquanto a impossibilidade de arcar com as custas judiciais ordinárias (art. 98, §1º, I e VIII) redunde na impossibilidade de arcar com diligências de maior monta (art. 98, §1º, V, VI, VII e IX), tem-se que o contrário não necessariamente seja verdade<sup>34</sup>. É dizer: não se pode pressupor que a possibilidade financeira do litigante em arcar com as custas iniciais e recursais implique na aptidão ao custeio das diligências probatórias (tradução juramentada, exame pericial) e executivas (avaliação, averbação, memória de cálculo) igualmente inerentes ao processo.

Assim, é um engano pressupor que o recolhimento do preparo, apenas uma das inúmeras espécies típicas e atípicas de despesas processuais, anule o interesse recursal em rediscutir a incidência seletiva, percentual ou parcelada do benefício aos demais encargos que o recorrente entende ser incapaz de custear. Em tal salto conclusivo, reside a ilegal concepção da gratuidade de justiça incorporada pelo Enunciado da Súmula nº 51 do TJ/SC.

### **III. A Ilegalidade da Súmula nº 51 do TJ/SC**

“O pedido de justiça gratuita seguido do pagamento do preparo pelo recorrente é considerado ato incompatível com o interesse de recorrer,

---

<sup>34</sup> Afinal, embora quem possa mais, possa menos, tem-se a impossibilidade de se afirmar, a priori, o contrário.

impossibilitando o conhecimento do recurso no ponto”. Findas as necessárias considerações, no primeiro capítulo, acerca do contexto e fundamentos que embasaram a orientação proposta na Súmula nº 51 do TJ/SC e, no segundo capítulo, o relato das positivas contribuições do CPC ao regramento e à ressignificação das hipóteses de concessão do benefício, avança-se à demonstração da ilegalidade do Enunciado, a partir do diagnóstico de insubsistência dos fundamentos jurídicos que o amparam, bem como das incoerências que dele resultam.

O exame dos precedentes que antecederam à cristalização da Súmula (Tabela 2) identificou dois eixos argumentativos centrais, a saber, (i) a tese de incompatibilidade entre o recolhimento do preparo e o pedido recursal à gratuidade, precipuamente alicerçada no instituto da preclusão lógica; e (ii) a alegação de renúncia tácita, complementar à tese de incompatibilidade, lastreada no art. 1.000, parágrafo único. Ambos os argumentos, todavia, sucumbem frente às inovações no regramento do benefício proporcionadas pelo CPC.

A preclusão lógica é instituto que obsta a prática de um ato incompatível com outro previamente adotado no processo (ROCHA, 2010, p. 82). Logo, classificar o recolhimento do preparo como ato incompatível com o pedido de concessão da gratuidade de justiça, por pressupor uma oposição diametral entre ambos os atos, realça o apego a uma ultrapassada concepção unitária do benefício, refletindo a incompatibilidade do Enunciado aos atributos de delimitação e fracionamento instituídos pelos §§5º e 6º do art. 98.

Note-se que, recolhido o depósito recursal, a única incompatibilidade processual oponível ao recorrente reside no pedido de isenção às custas do próprio recurso interposto (art. 98, §1º, VIII). Uma vez que, interposto o recurso, o recorrente permanece sujeito ao pagamento (i) integral e (ii) imediato de (iii) todas as demais espécies típicas e atípicas de despesas judiciais, a apreciação pelo órgão colegiado no sentido de concessão (i) percentual, (ii) parcelada ou (iii) seletiva do benefício demonstra-se inequivocamente útil ao recorrente<sup>35</sup>, não havendo de se falar em não conhecimento da matéria por falta de interesse recursal.

---

35 “Essa mesma idéia de utilidade da prestação jurisdicional [aplicável ao interesse de agir] verifica-se no interesse recursal, entendendo-se que somente será julgado em seu mérito o recurso que possa ser útil ao recorrente. Essa utilidade deve ser analisada sob a perspectiva prática, sendo imperioso se observar no caso concreto se o recurso reúne condições de gerar uma melhora na situação prática do recorrente. Quase todos os problemas referentes ao interesse recursal se resumem a esse aspecto, sendo certo que, não havendo qualquer possibilidade de obtenção de uma situação mais vantajosa sob o aspecto prático, não haverá interesse recursal.” (NEVES, 2010, pp. 3-4).

Pelas mesmas razões, tem-se por inaplicável a tese de irrestrita aceitação tácita (art. 1.000/36) em desfavor do recorrente que se insurge contra o indeferimento do benefício da gratuidade de justiça e, ao mesmo tempo, promove o recolhimento do preparo recursal<sup>37</sup>. Em tal cenário, a aceitação tácita deve circunscrever-se à anuência da parte em arcar especificamente com as custas do recurso interposto, em nada maculando seu interesse recursal em ver-se albergada pela concessão seletiva, percentual ou parcelada das demais espécies de despesas processuais. Ademais, convém salientar que a aceitação tácita é legalmente condicionada a “prática, *sem nenhuma reserva*, de ato incompatível com a vontade de recorrer.” (art. 1.000, parágrafo único), hipótese não verificada, por óbvio, quando o recorrente expressamente impugna a decisão que indeferiu o benefício.

Pontua-se, ainda, que a tese de preclusão lógica tampouco encontra amparo no art. 99, §7º<sup>38</sup>, uma vez que, embora prevista a *prerrogativa* de dispensa do preparo no pedido recursal à gratuidade de justiça, a opção do recorrente pela não utilização de tal prerrogativa, seja em prol da garantia de celeridade na apreciação do recurso<sup>39</sup>, seja por compreender que o depósito recursal não figura entre as

---

36 Art. 1.000. A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer.

Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem nenhuma reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer.

37 AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO NA ORIGEM. POSTERIOR RECOLHIMENTO DAS CUSTAS INICIAIS NO PROCESSO PRINCIPAL. PRECLUSÃO RECONHECIDA. RECURSO NÃO CONHECIDO. A superveniência do pagamento das custas torna prejudicado o exame do recurso tendente à concessão da benesse, pela prática de ato incompatível com a vontade de recorrer (CPC, art. 1.000, parágrafo único).

(TJ-SC - AI: 40223374220188240000 Mafra 4022337-42.2018.8.24.0000, Relator: Paulo Ricardo Bruschi, Data de Julgamento: 13/12/2018, Quarta Câmara de Direito Público);

(TJ-SC - AI: 40303253320188240900 Balneário Camboriú 4030325-33.2018.8.24.0900, Relator: André Luiz Dacol, Data de Julgamento: 19/03/2019, Sexta Câmara de Direito Civil);

(TJ-SC - AI: 40130733520178240000 Itapema 4013073-35.2017.8.24.0000, Relator: André Luiz Dacol, Data de Julgamento: 05/06/2018, Sexta Câmara de Direito Civil).

38 § 7º Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento.

39 Ao se antecipar pela juntada do preparo, a parte previne a eventual abertura de prazo pelo relator (art. 99, §§2º e 7º), e, por conseguinte, a postergação da apreciação do recurso.



espécies de despesa a que se busca isenção, não deve se transmutar em óbice ao conhecimento do recurso – posicionamento particularmente incoerente quando constatado que, para além da inexistência de prejuízos à parte contrária, o único beneficiado pelo recolhimento do preparo é, precisamente, o Estado-Juiz.

O recolhimento do preparo, à luz dos núcleos argumentativos de preclusão lógica e renúncia tácita, possibilita ao julgador concluir tão somente pela capacidade financeira da parte em arcar, especificamente, com as custas recursais. Poder-se-ia, ainda, ir além, fixando-se o valor de tais custas como vetor de avaliação na concessão do benefício, presumindo-se a capacidade da parte em arcar integralmente com as despesas de valor inferior ao preparo, ou, ainda, adotando-se o valor deste como parâmetro da definição do número de parcelas a serem fixadas ao pagamento de despesas de maior monta.

O que o sistema processual vigente não admite, porquanto eivado de flagrante incoerência, é que a manifestação da capacidade em arcar com apenas uma espécie de despesa processual seja utilizada pelo julgador como subterfúgio para sequer conhecer do pedido à isenção ao amplo espectro de despesas remanescentes, tal qual propiciado pela aplicação da Súmula nº 51 do TJ/SC.

O cerceamento do direito de acesso à justiça em igualdade de condições é realçado nas decisões em que, mesmo consignando, de forma expressa, contundentes indícios de hipossuficiência financeira apresentados pela parte, a apreciação do pedido recursal à concessão do benefício é afastada pela incidência da Súmula nº 51 do TJ/SC:

### **Trecho do voto relator**

#### RELATÓRIO (...)

Subsidiariamente, requer a minoração do quantum indenizatório arbitrado a título de danos morais e estéticos, alegando que "trabalha como pedreiro tendo renda e patrimônio muito modesto, que mal dá para o sustento de sua família" (fl. 405). Por fim, pleiteia a concessão do benefício da justiça gratuita, colacionando documentos para comprovação da suposta hipossuficiência econômica (fls. 409-416). (...)

#### VOTO (...)

Requer o apelante, inicialmente, a concessão do benefício da justiça gratuita, ao argumento de não possuir condições de suportar as despesas processuais sem prejuízo do seu sustento e de sua família, colacionado documentos às fls. 409-146 para embasar o pedido (declaração de hipossuficiência, certidão de propriedade, certidão de veículos, comprovante de residência, entre outros).

Ocorre que, ao protocolar a presente irresignação, o insurgente efetuou o pagamento do preparo recursal (fls. 407-408), o que evidencia a prática de ato incompatível com o fundamento do pleito, o qual pressupõe a hipossuficiência econômico-financeira do requerente.

Sobre o tema, o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça assentou por meio do verbete sumular 51 que "o pedido de justiça gratuita seguido do pagamento do preparo pelo recorrente é considerado ato incompatível com o interesse de recorrer, impossibilitando o conhecimento do recurso no ponto", ou seja, na parte em que se requer o benefício.

(...)

Desse modo, a pretensão não merece ser conhecida.

(TJ-SC - AC: 00008748720138240065 São José do Cedro 0000874-87.2013.8.24.0065, Relator: Luiz Felipe Schuch, Data de Julgamento: 16/05/2019, Sétima Câmara de Direito Civil)

### **Trecho do voto relator**

#### RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Esther Celina Dalmagro de Luca em face de decisão que (...) indeferiu o pedido de gratuidade de justiça formulado pela agravante.

Em suas razões, disse ter juntado aos autos declaração de hipossuficiência, corroborada pelo demonstrativo de seus rendimentos, inferiores a 2 salários mínimos mensais, os quais são insuficientes a fazer frente a suas despesas básicas.

#### VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu pedido de gratuidade da justiça.

Todavia, o recurso não merece ser conhecido.

Verifica-se que a recorrente incide em comportamento processual contraditório, o qual é vedado pelo ordenamento jurídico. Isso porque, embora tenha interposto o presente recurso ao argumento de não possuir condições econômicas para arcar com as custas e despesas processuais, promoveu o recolhimento das custas iniciais, após o indeferimento da tutela recursal de urgência, conforme se pode averiguar às fls. 114-116 dos autos de origem.

Ou seja, ao praticar ato incompatível com a vontade de recorrer, a parte incidiu nos termos do art. 1.000, caput e parágrafo único, do CPC/2015, ocorrendo, portando, a preclusão lógica neste tema.

(...)

A propósito, corroborando tal posicionamento, preconiza a Súmula n. 51, desta Corte de Justiça, in verbis: "O pedido de justiça gratuita seguido do pagamento do preparo pelo recorrente é considerado ato incompatível com o interesse de recorrer, impossibilitando o conhecimento do recurso no ponto".

Dessa feita, em razão da prática de ato incompatível com a vontade de recorrer, o presente agravo não pode ser conhecido.

(TJ-SC - AI: 40122188520198240000 São Miguel do Oeste 4012218-85.2019.8.24.0000, Relator: André Luiz Dacol, Data de Julgamento: 02/07/2019, Sexta Câmara de Direito Civil)

As decisões supramencionadas, embora resultem na sucumbência da garantia legal (art. 7º e art. 139, §1º) e constitucional (art. 5º, LXXIV, da CF) de isonomia processual frente a uma ultrapassada concepção da gratuidade de justiça, ainda não refletem, em sua inteireza, o *modus operandi* que se instaurou na Corte catarinense após o referendo da Súmula nº 51 do TJ/SC.

Isto porque, conquanto as referidas decisões, ao menos, mencionem as condições financeiras alegadas pelas partes aos autos, impera, por incidência do Enunciado, a regra de se quer verificar e/ou relatar os fundamentos e documentos apresentados pela parte recorrente à gratuidade de justiça quando essa, por ocasião do recurso, recolhe o preparo.

Valendo-se da plataforma de pesquisa disponibilizada pelo sítio eletrônico<sup>40</sup> Jusbrasil<sup>41</sup>, foram pesquisados acórdãos por meio das palavras-chave (i) “Súmula 51”, isolada por aspas, e (ii) gratuidade de justiça, restringindo-se o âmbito de busca a julgados da Corte catarinense. Em todos os trinta resultados válidos<sup>42</sup>, o pedido recursal à justiça gratuita, por aplicabilidade da Súmula nº 51 do TJ/SC, não foi conhecido, sendo que, em 67% das decisões, sequer há menção aos fundamentos e documentos financeiros apresentados pelas partes, conforme delineado no gráfico abaixo e na Tabela 3 (Anexo).

---

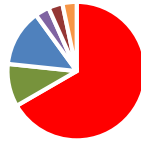
<sup>40</sup> Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

Acesso em: 03 nov. 2019.

<sup>41</sup> A opção pela plataforma privada deve-se ao fato de que o TJ/SC, em contraposição ao art. 926, §5º, ainda não disponibiliza amplo acesso aos respectivos julgados por meio da rede mundial de computadores.

<sup>42</sup> Originariamente, foram encontrados 48 (quarenta e oito) resultados, dos quais foram decotados julgados repetidos e/ou impertinentes, tais quais os referentes à Súmula nº 51 do TST, ex: (TJ-SC - AC: 20120172638 SC 2012.017263-8 (Acórdão), Relator: Denise de Souza Luiz Francoski, Data de Julgamento: 05/08/2013, Primeira Câmara de Direito Civil Julgado).

Gráfico 8 – Não conhecimento do recurso  
Fundamentação complementar à aplicabilidade da Súmula nº 51  
do TJ/SC



- Ausência de relato das alegações/documentos apresentados pelo recorrente
- Relato dissociado da fundamentação
- Relato seguido pela conclusão de inaplicabilidade do benefício
- Insuficiência documental
- Preclusão temporal
- Revogação de ofício - juntada do preparo após deferimento integral

Constata-se que a ampla projeção de que goza a Súmula nº 51 do TJ/SC, associada à conveniência de seu teor eminentemente defensivo, implica acelerada anulação de todo o avanço legislativo no regramento da gratuidade de justiça, favorecendo a replicação sistemática de decisões incoerentes que soterram as inovações consagradas pelos §§5º e 6º do art. 98.

Cabe pontuar que a força vinculante conferida à concepção unitária do benefício, a partir da cristalização de um entendimento tido por majoritário (art. 926, §1º), termina, de forma contraditória, por anular os esforços do próprio TJ/SC em conferir eficácia aos §§5º e 6º do art. 98, conforme orientação transmitida pelo Conselho de Magistratura da Corte aos magistrados e oficiais de justiça a ela vinculados:

#### RESOLUÇÃO CM N. 11 DE 12 DE NOVEMBRO DE 201843

Art. 1º Fica recomendado:

I - aos magistrados, quando da análise do pedido de gratuidade da justiça, observadas a natureza do pleito e a urgência da tutela jurisdicional requerida:

43 Disponível em:

<http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=173239&cdCategoria=1&q=&frase=&excluir=&qualquer=&prox1=&prox2=&prox3=>. Acesso em: 01 set. 2019.

(...)

e) analisar a possibilidade de incidência das alternativas de deferimento parcial ou parcelado descritas nos §§ 5º e 6º do art. 98 do Código de Processo Civil.

II - aos oficiais de justiça, quando for o caso, por ocasião do cumprimento de mandados:

a) esclarecer à parte o alcance da gratuidade da justiça (incisos I a IX do § 1º do art. 98 do Código de Processo Civil), especialmente em relação aos honorários advocatícios, bem como a possibilidade de incidência das alternativas descritas nos termos dos §§ 5º e 6º do art. 98 do Código de Processo Civil; e

Delineada essa breve digressão quanto à inconsistência entre normativos do próprio Tribunal, realça-se que, seja sob a interpretação extensiva do art. 13 da Lei nº 1.060/50, seja sob previsão expressa dos §§5º e 6º do art. 98, carece de sentido pressupor que o recolhimento do preparo afastaria o interesse da parte recorrente em ver-se albergada pela incidência, percentual ou total, do benefício da gratuidade nas outras inúmeras despesas processuais, tais como o custeio dos emolumentos cartoriais (art. 98, §1º, IX) ou a tradução juramentada de documentos (art. 98, §1º, VI).

Impende reafirmar que, à luz das normas norteadoras do processo civil consagradas pelo CPC, é direito fundamental das partes, calcado no princípio da paridade de armas (art. 7º), precaver-se quanto à isenção, integral ou parcial (seletiva, percentual ou parcelada), das custas processuais inerentes ao acolhimento da pretensão formulada em Juízo. Se arguido em preliminar de apelação o direito à realização de prova pericial indeferida pelo Juízo *a quo*, não se pode questionar o interesse da parte em pleitear tanto a realização da perícia quanto a isenção ao respectivo custeio (art. 98, VI), ainda que, por exemplo, tenha-se recolhido o depósito recursal.

Nos casos de pronta concessão ao requerimento acostado à petição inicial, o cerceamento do direito à isonomia processual, patrocinado pela aplicação da Súmula nº 51, é igualmente observável, sendo verificado, inclusive, em julgado da Corte catarinense posterior à aprovação do Enunciado:

#### **Trecho do voto relator**

RELATÓRIO



Trata-se de apelação cível interposta por Antonio Liebel em face de decisório prolatado pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Mafra que, nos autos do cumprimento de sentença manejado em face do espólio de Thereza Emília Liebl, reconheceu a ocorrência da prescrição intercorrente e extinguiu o processo, nos seguintes termos (fls. 112/113):

(...)

A exigibilidade das despesas processuais e dos honorários advocatícios está suspensa com relação à(s) parte (s) ativa, durante o prazo extintivo de 5 (cinco) anos, em face da concessão dos benefícios da Gratuidade da Justiça, nos termos dos arts. 98 a 102 do CPC e da Lei 1.060/1950. (Trecho extraído da sentença e acostado ao relatório)

(...)

#### DISPOSITIVO

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, IV, c do CPC/15, 1) conheço do presente recurso e nego-lhe provimento, por estar o recurso em confronto com entendimento firmado no tema IAC 01, do STJ; 2) fixo honorários sucumbenciais recursais no valor de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa em favor da apelada, com fulcro no art. 85, §§ 2º, 8º e 11, do CPC/15, na forma da fundamentação, deixando-se de suspender os encargos sucumbenciais pois o recolhimento do preparo recursal é ato incompatível com o deferimento adrede concedido (Súmula 51 do Órgão Especial do TJSC)

Custas pelo apelante.

Intimem-se.

(TJ-SC - AC: 00001624419918240041 Mafra 0000162-44.1991.8.24.0041, Relator: Gerson Cherem II, Data de Julgamento: 30/08/2019, Primeira Câmara de Direito Civil)

O julgado supramencionado consiste, senão, manifesta teratologia referendada pela inteligência da Súmula nº 51 do TJ/SC, por meio da qual a gratuidade de justiça, previamente deferida, é integralmente afastada ao se constatar

o recolhimento do preparo. Assim, tão somente em razão do recolhimento das custas recursais, a parte, antes contemplada pelo benefício em razão de comprovada hipossuficiência financeira, é submetida ao pronto custeio integral do processo, inclusive, honorários advocatícios de 12% sobre o valor atualizado (art. 85, §2º) de causa iniciada em 1991.

A desvirtuada concepção do benefício culmina em cenários nos quais o recolhimento do preparo pelo *advogado* resulta em presunção de capacidade financeira da *parte* (!). Não obstante a manifesta incompatibilidade de tal assertiva com o caráter personalíssimo e intransmissível do benefício (§§5º e 6º do art. 99), esse foi o entendimento adotado pela Corte catarinense em julgados destacados como predecessores<sup>44</sup> da Súmula nº 51 do TJ/SC (vide Tabela 2):

### **Trecho do voto relator**

#### **VOTO**

##### **1 Gratuidade da justiça**

De início, os Apelantes informaram não terem condições financeiras de arcar com as despesas do processo e requereram a respectiva isenção, inclusive com a dispensa de recolhimento do preparo recursal.

Ao apreciar o pedido, a Magistrada de origem instou os Interessados para que evidenciassem a necessidade da benesse por eles postulada (fl. 411).

Os Apelantes discorreram, então, sobre suas situações patrimoniais e juntaram certidões emitidas pelas Serventias Extrajudiciais de Registro de Imóveis, as quais atestavam a inexistência de bens imóveis registrados em seus nomes (fls. 417-427).

Ao analisar os elementos colacionados, a Julgadora indeferiu-o, intimando os Insurgentes para recolherem o preparo (fl. 439). E contra essa decisão, os Recorrentes não se insurgiram.

---

<sup>44</sup> Disponível em: <https://tjsc.jus.br/documents/557855/3390160/Súmula+51/1b2c003e-3963-81a0-4334-93e1c1034f05>. Acesso em: 15 out. 2019.

Em seguida, aportou no feito petição informando que o Patrono dos Recorrentes, teria pago as custas recursais, atuando pro bono (fls. 441-443).

Assim, tem-se ante a prática de ato incompatível com o pleito de isenção das despesas do processo, ainda que pelo Advogado, por prejudicado o pedido em questão, de modo que dele não se conhece.

E, ante o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, conhece-se dos demais aspectos do Recurso.

(TJ-SC - AC: 00026134819948240005 Balneário Camboriú 0002613-48.1994.8.24.0005, Relator: Rosane Portella Wolff, Data de Julgamento: 22/11/2018, Primeira Câmara de Direito Civil)

### **Trecho do voto relator**

#### RELATÓRIO

(...) Sustenta, em suma, que: a) o recolhimento das custas judiciais não pode ser considerado contraditório com o pedido de concessão do benefício da Justiça Gratuita, uma vez que o pagamento foi realizado por seu advogado para evitar a extinção do feito; b) está suficientemente comprovada nos autos a sua hipossuficiência financeira; c) "se a qualquer tempo pode o magistrado revogar o benefício concedido, considerados os elementos apurados nos autos, certo é que também a qualquer tempo - no caso, supervenientemente - pode tê-lo por comprovado"; d) não foi intimado da decisão que indeferiu provisoriamente o benefício, não servindo a carga dos autos como ciência inequívoca; e) não tem conteúdo decisório o despacho que determinou o recolhimento das custas processuais (fl. 167), de forma que não pode ser ele tomado como um indeferimento definitivo do benefício da Justiça Gratuita; f) como não houve decisão definitiva sobre o pedido de concessão do benefício na origem, a matéria pode ser invocada no recurso de apelação. (...)

#### VOTO

Registre-se que o fato de o preparo e as custas iniciais terem sido eventualmente pagos por seu advogado, como forma de evitar a extinção do processo ou o não conhecimento do recurso, não é capaz de alterar esse quadro: **ainda assim está caracterizada a preclusão lógica, já que o agravante conseguiu reunir recursos para pagar as despesas do processo.**

(TJ-SC - AGV: 00027270720108240011 Brusque 0002727-07.2010.8.24.001145, Relator: Marcus Tulio Sartorato, Data de Julgamento: 31/10/2017, Terceira Câmara de Direito Civil)

Para além do caráter estritamente pessoal e intransmissível, é evidente que o custeio da despesa processual por terceiro não implica o afastamento do direito da parte à isenção das despesas judiciais, mormente quando o custeio externo em nada concerne à insuficiência de recursos da parte (art. 98, caput e art. 5º, LXXIV, da CF). Contudo, a alegação de recolhimento do preparo pelo patrono da causa sequer fora apreciada pelos órgãos da Corte catarinense, os quais, à luz da concepção unitária do benefício, interpretam o pagamento das custas recursais por terceiro como presunção de absoluta suficiência financeira da parte recorrente.

A cristalização da concepção unitária da gratuidade de justiça no Enunciado da Súmula nº 51 transmuda-o, portanto, em manifesto instrumento de cerceamento ao direito de isonomia processual.

Embora o aprofundamento da temática à luz do CPC realce a impropriedade dos provimentos jurisdicionais delineados nas Tabelas 2 e 3, a análise superficial da matéria, tal qual efetuada pelos desembargadores relatores quando da aplicação da Súmula nº 51 do TJ/SC, dificulta a mensuração da ilegalidade do Enunciado, porquanto a cristalização do precedente vinculante visa, precisamente, afastar as rediscussões acerca de tema já pacificado<sup>46</sup>.

Nesse sentido, o afastamento da orientação jurisdicional cristalizada na Súmula nº 51 do TJ/SC requer, por previsão legal expressa (489, §1º, VI), a

---

45 AgInt no AI nº 0002727-07.2010.8.24.0011/50000.

46 “Isso [uma prestação jurisdicional mais efetiva e uma redução no tempo de tramitação dos processos] decorrerá, como visto, da racionalização do ônus argumentativo do juiz no momento do julgamento, com a transposição para o caso concreto da ratio decidendi contida no precedente. Com isso, economiza-se o tempo que o magistrado perderia enfrentando novamente toda a argumentação jurídica que já fora apreciada no momento de formação do precedente.” (KOEHLER, 2017, p. 368).

demonstração de distinção (*distinguishing*) ou superação do precedente. À luz do Enunciado sob análise, é dizer: uma vez recolhido o preparo, o conhecimento do pedido recursal à concessão da gratuidade de justiça encontra-se necessariamente condicionado ao exercício de distinção ou superação da norma jurisdicional.

(...) exige-se uma carga argumentativa qualificada ao magistrado que pretenda se afastar da *ratio decidendi* de precedente aplicável ao caso em julgamento. Exige-se do julgador uma fundamentação qualificada, com pesado ônus argumentativo, do qual se desincumbirá apenas se demonstrar superação (*overruling*) do precedente (...) ou a distinção (*distinguishing*). (KOEHLER, 2017, p. 365)

Dentre ambas as opções, tem-se que o exercício de distinção demonstra-se inaplicável. Segundo se extrai da inteligência do art. 966, §5º47, o *distinguishing* pressupõe a inadequação entre a questão controvertida e o padrão decisório que levou à cristalização do precedente<sup>48</sup>. Uma vez que, conforme exposto, houve a estabilização no TJ/SC, em linha com outros Tribunais, da tese de incompatibilidade (preclusão lógica e renúncia tácita) entre o recolhimento do preparo e o pedido recursal à gratuidade de justiça (Tabela 2), a negativa de conhecimento ao recurso lastreada na juntada do depósito recursal (compatibilidade fática com o precedente) não destoia do padrão decisório que pavimentou o Enunciado da Súmula nº 51 do TJ/SC (*ratio decidendi*).

Contornar o gargalo processual erigido pelo referido Enunciado perpassa, portanto, a superação do precedente no qual se projeta uma errônea concepção do benefício da gratuidade de justiça.

Oportuno assinalar que o dever dos Tribunais à manutenção de sua jurisprudência íntegra, estável e coerente (art. 926) não deve ser interpretado como

---

47 § 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

48 Nesse sentido: “Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.” (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 504).

eterna sujeição à orientação firmada, a qual deve ser fundamentadamente alterada quando constatados motivos para tal. Nesse sentido:

A possibilidade de mudança do entendimento é inerente ao sistema de precedentes judiciais. O dever de estabilidade da jurisprudência não impede a alteração do entendimento; ele impede alteração injustificada desse entendimento. A modificação do entendimento pode revelar-se um imperativo de justiça. Este é o ponto. (DIDIER; BRAGA; OLIVERA, 2016, p. 509).

As considerações ora apresentadas permitem concluir quanto à ilegalidade da norma jurisdicional apregoada à Súmula nº 51 do TJ/SC, seja porque reflete uma concepção unitária incompatível com os atributos de delimitação e fracionamento consagrados pelos §§5º e 6º do art. 98, seja porque importa em manifesto cerceamento do direito à isonomia processual.

Constatada a ilegalidade de precedente vinculante, o exercício de superação pode ser efetuado por Juízo singular ou colegiado, conforme se extrai de lição constante do Enunciado 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto.

Embora editada após a vigência do CPC, a Súmula nº 51 do TJ/SC claramente incorpora uma concepção unitária do benefício, incompatível com a legislação processual em vigor, fato que desobriga a replicação compulsória pelo magistrado:

Nesta hipótese [alteração legislativa], a não aplicação do precedente pode ser feita por qualquer juiz, não irá necessitar do ônus argumentativo existente para a decisão de superação típica e nem será necessária a ponderação da revogação com o princípio da segurança jurídica. (DIDIER; BRAGA; OLIVERA, 2016, p. 512).

Conquanto possível o afastamento da incidência do Enunciado em casos concretos, a irrefletida proliferação de decisões que anulam as contribuições



proporcionadas pelo CPC demanda a premente revogação do Enunciado, a partir da aplicação da técnica do *overruling*<sup>49</sup> pelo Órgão Especial<sup>50</sup> da Corte catarinense:

Com efeito, as cortes superiores podem, então, substituir - *overruled* - um determinado precedente por ser considerado ultrapassado ou, ainda, errado (*per incuriam* ou *per ignorantia legis*). A decisão que acolhe nova orientação incumbe-se de revogar expressamente a *ratio decidendi* anterior (*express overruling*). Nesse caso, o antigo paradigma hermenêutico perde todo o seu valor vinculante. (TUCCI, 2012, p. 113)

Assim, sem prejuízo do necessário afastamento do precedente vinculante na apreciação de casos concretos, a demonstrada ilegalidade da Súmula nº 51 do TJ/SC, cuja exegese é irrefletidamente reproduzida em julgados que incoerentemente

---

49 “A técnica do *overruling* é um instrumento que permite uma resposta judicial ao desgaste da dupla coerência do precedente. Essa dupla coerência consiste em: (i) congruência social e (ii) consistência sistêmica. Assim, quando o precedente carecer de dupla coerência, ele estará violando os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* - a segurança jurídica e a igualdade - deixando de autorizar a sua replicabilidade. Nesse cenário, o precedente deverá ser superado.” (MITIDIERO, 2015, p. 379);

“(…) *overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. O próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*. Assemelha-se à revogação de uma lei por outra.” (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 494).

50 Uma vez verificado que o entendimento incorporado por Súmula não mais prevalece, incumbe à Comissão Permanente de Jurisprudência propor ao Órgão Especial o cancelamento do Enunciado, conforme se extrai dos arts. 336 e 337, parágrafo único, do Regimento Interno do TJ/SC:

Art. 336. A edição, a revisão e o cancelamento de enunciados de súmula caberão ao Órgão Especial, à Seção Criminal, aos grupos de câmaras de direito civil, de direito comercial e de direito público, ou à Câmara de Recursos Delegados, conforme competências estabelecidas neste regimento.

Art. 337, Parágrafo único. A Comissão Permanente de Jurisprudência, por seu presidente e segundo o mesmo procedimento, poderá também propor a edição ou a revisão de enunciado de súmula quando verificar que os órgãos julgadores não divergem na interpretação do direito, ou seu cancelamento quando o entendimento não mais prevalecer.

Regimento disponível em:

<https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99>. Acesso em: 15 out. 2019.

cerceiam o direito à isonomia processual, assinala o alheamento da norma jurisprudencial ao ordenamento processual vigente, fato que impõe a mobilização do Órgão Especial do Tribunal com vistas ao pronto cancelamento do Enunciado.

## CONCLUSÃO

As singularidades de cenários financeiros verificáveis em casos concretos levaram os operadores do direito à sofisticação do benefício da gratuidade de justiça. Se, por um lado, não incumbe ao Estado arcar com a integralidade de despesas processuais relativas a jurisdicionado parcialmente hipossuficiente, decerto não se pode negar assistência estatal, em grau adequado, ao litigante não inserto em um ultrapassado critério de miserabilidade.

Nesse contexto, em aprimoramento à interpretação conferida pela jurisprudência e doutrina ao art. 13 da Lei nº 1.060/50, os §§5º e 6º do art. 98, associados aos deveres de fundamentação das decisões (art. 11) e de zelo pela igualdade de tratamento processual (art. 139, §1º), demandam do magistrado um exercício individualizado de alocação das despesas processuais, adequando-a às especificidades do caso concreto (capacidade da parte *versus* despesas a serem custeadas).

Assim, a tríade de instrumentos gradativos confere à gratuidade de justiça atributos de delimitação (concessão seletiva) e fracionamento (isenção percentual ou parcelada), superando uma ultrapassada – e inadequada – concepção unitária da gratuidade de justiça, segundo a qual a concessão do benefício era balizada por um modelo binário de concessão ou rejeição integrais.

Em reducionismo destoante ao aprimoramento legislativo da matéria, a Súmula nº 51 do TJ/SC, publicada já sob a vigência do CPC, propaga uma retrógrada concepção unitária do benefício, alicerçando-se no demonstrado equívoco em pressupor que o mero recolhimento do preparo anularia o interesse recursal da parte em ver-se albergada das despesas processuais supervenientes.

Para além da inadequação de tal salto conclusivo, demonstrou-se igualmente a insubsistência dos fundamentos jurídicos de preclusão lógica e renúncia tácita que amparam o Enunciado, cuja conclusão quanto à ilegalidade é, ainda, realçada pelo cerceamento da garantia legal (art. 7º e art. 139, §1º) e constitucional (art. 5º, LXXIV, da CF) de acesso à justiça em igualdade de condições.

Constituída orientação jurisprudencial dotada de força vinculante (art. 927, V), proliferaram-se decisões (Tabela 3) no âmbito do TJ/SC que, de forma irrefletida, sequer verificam as condições financeiras relatadas e comprovadas pelas partes, não

conhecendo do pedido recursal à gratuidade tão logo verificado o recolhimento do preparo.

A ilegalidade do Enunciado, e do conseqüente *modus operandi* instaurado na Corte catarinense após sua publicação, impõe o pronto cancelamento da Súmula nº 51 do TJ/SC pelo respectivo Órgão Especial, sem prejuízo da possibilidade de os Juízos a ele submetidos, sejam órgãos singulares, sejam colegiados, escusarem-se a aplicar o Enunciado em razão da negativa à legislação processual vigente.

Pontua-se, por fim, que embora o Enunciado da Súmula nº 51 do TJ/SC tenha sido eleito para realçar a ilícita concepção prática acerca do benefício, o tema adquire relevo no debate jurídico nacional ao se constatar que o referido entendimento, conquanto superado no âmbito legal, encontra robusto amparo na jurisprudência dos demais Tribunais pátrios. Faz-se necessário, portanto, que a tríade de instrumentos gradativos consagrada pelos §§ 5º e 6º do art. 98 seja prontamente absorvida pelos operadores do direito, causídicos e magistrados, sob risco de soterramento das inovações legislativas – benéficas tanto às partes quanto ao Estado – pela replicação de um defasado entendimento jurisprudencial.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cleber Francisco; VIEIRA, José Ribas (orientador). *A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça*. 2005. 421p. Tese de Doutorado –

Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro/RJ.

BRASIL. Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal. *Perícias Judiciais em Matéria Previdenciária*. 2018. Nota Técnica 06/2018. Disponível em

<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa/notas-tecnicas>. Acesso em: 4 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *Gratuidade Judiciária: critérios e impactos da concessão*. 2019. Nota Técnica 22/2019. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa/notas-tecnicas>. Acesso em: 4 set. 2019.

BRIZOLA, Fernando César Nunes. *Jurisprudência defensiva: uma abordagem sob a ótica Constitucional e do Novo Código de Processo Civil*. 2016. 28f. Dissertação

(Especialização em Processo Civil) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS.

CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência Jurídica Gratuita: Assistência Judiciária e Gratuidade Judiciária*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2019*. Brasília: CNJ, 2019. 236p.

CUNHA, Gabriel Sardenberg. *Definindo Precedentes*. Rio de Janeiro: REDP – Revista Eletrônica de Direito Processual, 2019, pp. 102-144, v. 20.

DIDIER, Fredie Jr.; OLIVERA, Rafael Alexandria. *Benefício da justiça gratuita: de acordo com o novo CPC*. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm. 2016. 112p.

\_\_\_\_; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVERA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, 689 p., v. 2.

\_\_\_\_; \_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10 ed., Salvador: Jus Podivm, 2015, 674 p., v. 2.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil comentado – 2*. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, 1.461p.

GORAIEB, Fernando Gonçalves. *Os Precedentes Judiciais e sua aplicação frente ao novo CPC*. 2016. 36f. Dissertação (Especialização em Processo Civil) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *O Sistema de Precedentes Vinculantes e o Incremento da Eficiência na Prestação Jurisdicional: aplicar a ratio decidendi sem rediscuti-la*. Em: FILHO, Antonio Carvalho; JUNIOR, Herval Sampaio (org) *Os Juízes e o Novo CPC*. Bahia: Juspodvm, 2017, pp. 357-371.

MARCACINI, Augusto; MARTINS, Marcelo. *O beneficiário de gratuidade processual e a concessão do benefício no novo CPC: mais efetividade ao acesso à justiça do carente de recursos*. Canoas: Redes – Revista Eletrônica Direito e Sociedade, 2016, pp. 29-50, v.4.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016, 389p.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Reformas para o bem comum*. Brasília: Revista dos Estudantes de Direito da UnB, 2019, pp. 91-97, n. 16.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Interesse Recursal e Sucumbência*. 2010.

Disponível em:

<http://www.professordanielneves.com.br/assets/uploads/novidades/201011151803310.interesseemrecorrer.pdf>. Acesso em 19 ago. 2019.

PUGLIESE, William Soares. *Teoria dos Precedentes e Interpretação Legislativa*. 2011. 101f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR.

ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *A preclusão como instituto essencial à ordem jurídica*. 2010. 198f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS.

SILVA, Ticiano Alves. *O Benefício da Justiça Gratuita no Novo Código de Processo Civil*. Pernambuco: Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, 2015, pp. 299-320.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

VAUGHN, Gustavo Fávero. *A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual*. São Paulo: Revista de Processo, 2016, vol. 254.

## ANEXOS

**Tabela 2 – fundamentos jurídicos dos julgados predecessores da Súmula nº 51 do TJ/SC**

Argumentação	Número dos processos		
Ato incompatível	0300410-10.2017.8.24.0013;		
	0045358-90.2011.8.24.0023;		
	0009158-42.2013.8.24.0079;		
	0002289-75.2011.8.24.0033;		
	4016805-06.2018.8.24.0900;		
	0013093-44.2011.8.24.0020;		
	0308342-68.2016.8.24.0018;		
	0303428-58.2017.8.24.0039;		
	0005494-81.2008.8.24.0045;		
	0017085-33.2013.8.24.0023/50000;		
	0000716-73.2013.8.24.0019;		
	0300996-60.2016.8.24.0020;		
	4006117-66.2018.8.24.0000;		
	0304777-67.2014.8.24.0018;		
0002969-15.2010.8.24.0027;			
0302961-45.2015.8.24.0073			
Ato incompatível + renúncia tácita	0036260-36.2011.8.24.0038;		
	2013.062954-9;		
	0009949-78.2009.8.24.0005;		
	0003083-97.2013.8.24.0010;		
	0008073-45.2010.8.24.0008		
		0036260-36.2011.8.24.0038;	
		2013.062954-9;	
		0009949-78.2009.8.24.0005;	
		0003083-97.2013.8.24.0010;	
		0008073-45.2010.8.24.0008	
			0036260-36.2011.8.24.0038;
			2013.062954-9;
			0009949-78.2009.8.24.0005;
			0003083-97.2013.8.24.0010;
0008073-45.2010.8.24.0008			
			0036260-36.2011.8.24.0038;
			2013.062954-9;
			0009949-78.2009.8.24.0005;
			0003083-97.2013.8.24.0010;
	0008073-45.2010.8.24.0008		



Ato incompatível: preparo  
recolhido pelo advogado

0002613-48.1994.8.24.0005;  
0002727-07.2010.8.24.0011/50000

Ato incompatível + análise  
das condições financeiras do  
recorrente

0000504-59.1997.8.24.0004

**Tabela 3 – fundamentação complementar à aplicabilidade da Súmula nº  
51 do TJ/SC**

Argumentação	Número do Processo
Inexistente – apenas aplicabilidade da Súmula nº 51	AC 0301353-58.2016.8.24.0014;
	AC 0301129-44.2014.8.24.0062;
	AC 0005265-98.2012.8.24.0072;
	AC 0035596-79.2013.8.24.0023
	AC 0023752-40.2010.8.24.0023
	AC 0301713-75.2017.8.24.0040
	AC 0300304-52.2016.8.24.0023;
	AC 0011318-86.2014.8.24.0020
	AC 0301353-58.2016.8.24.0014;
	AI 4028826-14.2018.8.24.0900
	AC 0005265-98.2012.8.24.0072
	AI 4011759-83.2019.8.24.0000
	AC 0301713-75.2017.8.24.0040;
	AC 0301245-08.2017.8.24.0139
	AI 4013416-13.2018.8.24.0900
	AC 0301845-60.2017.8.24.0064
ED 0000704-75.2013.8.24.0143/50000	
ED 0000841-57.2013.8.24.0143/50000	

	AC 0000749-45.2014.8.24.0046 AI 4004397-35.2016.8.24.0000
Relato de condições financeiras seguido pela conclusão de inaplicabilidade do benefício	AI 4031251-61.2019.8.24.0000; AI 4031251-61.2019.8.24.0000; AI 4018629-47.2019.8.24.0000 AI 4018564-52.2019.8.24.0000
Relato de condições financeiras dissociado da fundamentação	AI 4012218-85.2019.8.24.0000; AC 0000874-87.2013.8.24.0065; AC 0023752-40.2010.8.24.0023
Preclusão temporal	AC 0037173-18.2011.8.24.0038
Insuficiência documental	AI 4013310-98.2019.8.24.0000
Revogação de ofício – juntada do preparo após deferimento integral do benefício	AC 0000162-44.1991.8.24.0041

## RESPONSABILIDADE DO ESTADO QUANTO AS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

**ALESSANDRA MOURA RODRIGUES DA SILVA:**

Advogada pela PUC/RJ (2013) e pós graduada em direito público pela Universidade Candido Mendes (2018).

**RESUMO:** Este trabalho tem por objetivo discutir as possibilidades de responsabilização da administração em relação às ocorrências do sistema penitenciário brasileiro. Primeiramente será feita uma breve exposição sobre o sistema carcerário no país, bem como a impossibilidade de aplicação do princípio da less eligibility na sociedade contemporânea. Como o artigo trata da responsabilização civil do estado pelo cenário atual faz se necessária exposição sobre a evolução histórica da responsabilidade civil do estado até chegar ao ponto atual em que se aplica, em regra, a responsabilidade objetiva. Destaca-se, ainda, a diferenciação do modelo de responsabilidade caso o dano advinha de conduta omissiva. Após, destaca-se recente decisão do STF que reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro em um estado de coisas inconstitucional. Por fim, serão apresentados os casos em que já foi reconhecida a responsabilidade civil no sistema carcerário como em caso de morte e suicídio de detento, bem como em decorrência da superlotação carcerária, bem como os argumentos utilizados pelos STF.

**Palavras Chave:** Responsabilidade Civil do Estado. Administração Pública. Sistema Penitenciário. Estado de Coisas Inconstitucional. Garantias Constitucionais. Dano Moral. Superlotação. Suicídio de Detento. Morte de Detento. STF. STJ.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado; 2.1. Teoria da Irresponsabilidade; 2.2. Teoria da Responsabilidade Subjetiva; 2.3. Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado; 2.4. Das Causas excludentes e atenuantes do nexa causal; 3. A Responsabilidade Civil do Estado em decorrência de conduta omissiva; 3.1. Da responsabilidade incidente; 3.2. Da omissão genérica e da omissão específica; 4. Da responsabilidade do agente; 5. O dano que enseja indenização; 6. Da impossibilidade de aplicação do princípio do less eligibility na sociedade contemporânea; 7. O sistema prisional e o estado de coisas inconstitucional; 8. A responsabilidade civil do estado no sistema carcerário; 8.1. A responsabilidade civil do estado em caso de morte de detento; 8.2. A responsabilidade civil do estado em caso de suicídio de detento; 8.3. A responsabilidade do estado diante da superlotação carcerária e a possibilidade de configuração de dano moral; 9. Conclusão; 10. Referências Bibliográficas.

### 1. INTRODUÇÃO

Embora a Constituição e o Ordenamento Internacional assegurem direitos à pessoa humana, a sociedade vem defendendo, cada vez mais, que esses direitos não se aplicariam aos transgressores do ordenamento. Na contramão destas terríveis ideias, contudo, o STF e o STJ vêm entendendo ser responsabilidade do Estado o bom tratamento das pessoas privadas de liberdade, que não podem ter restritos mais direitos do que o disposto na decisão condenatória.

Os entendimentos judiciais, contudo, não vem sendo suficientes para gerar a correta atuação do Estado em relação ao sistema penitenciário superlotado e infrator de direitos, sendo que essa atuação insuficiente, por vezes, é referendada por grande parte da sociedade.

As pessoas submetidas ao sistema prisional brasileiro possuem uma série de direitos – que não apenas o de liberdade – restritos. Por mais que a Lei do Talião já tenha sido abandonada pelos Estados contemporâneos, grande parte da sociedade ainda considera que deve se “retribuir” o mau causado por aquela pessoa à sociedade com um uma conduta ainda pior. Por conta disso, junto a evidente ineficácia do sistema carcerário brasileiro, o discurso de que presos “não devem ter direitos” tem sido crescente.

A dignidade da pessoa humana, por óbvio, também se aplica aqueles que tiveram a sua liberdade restrita. A pena privativa de liberdade deve privar justamente apenas a liberdade e não a maior parte dos direitos fundamentais, como vem ocorrendo.

A pessoa humana referida na Constituição Federal como possuidora de direitos intrínsecos não comporta exceções – basta ser um ser humano. O fato de uma pessoa ter cometido um ilícito penal não retira todos direitos dessa pessoa, mas “apenas” o de ir e vir. Não se confere ao Estado, portanto, uma carta em branco para desrespeitar as normas impostas. Sobre isso indaga-se as possibilidades de responsabilização do Estado sobre a crise atual do sistema carcerário.

Certo é que os efeitos dessa crise – as guerras nos presídios, agressões por parte de policiais e detentos, insalubridade, entre outras condições que levam o ser humano a viver em um estado mínimo (ou aquém do mínimo) de sobrevivência – são passíveis de responsabilização.

O ponto central deste estudo é, portanto, a responsabilidade civil do estado no sistema prisional. Para isso, inicialmente se faz um panorama histórico da responsabilidade civil estatal demonstrando a sua evolução, até chegar na aplicação da teoria da responsabilidade objetiva atualmente aplicada, bem como suas possibilidades de exclusão. Se expõe, ainda, a diferenciação da responsabilidade

quando a hipótese for de conduta omissiva, passando ainda pela responsabilidade do agente e pela (im)possibilidade de denúncia da lide.

Após, se discute a inaplicabilidade de um princípio que vem ganhando força na sociedade punitivista brasileira – o princípio do *less eligibility* – e que poderia afastar a responsabilidade estatal.

Em outro momento é feita a exposição de recente decisão do STF no sentido de que o sistema prisional foi reconhecido como um estado de coisas inconstitucional, sendo isso utilizado como argumentação para algumas possibilidades de responsabilização. Por fim, são explicitadas algumas decisões sobre situações recorrentes em que foi reconhecida a responsabilidade estatal pelos danos causados.

Desse modo, será demonstrada a necessidade de responsabilização do estado em relação aos danos ocorridos no cárcere como forma de efetivação dos direitos fundamentais da sociedade como um todo, incluindo daqueles que estão submetidos a penas privativas de liberdade.

## **2.A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

A CRFB em seu Art. 37, §6o prevê expressamente a responsabilidade civil do Estado em face a terceiros. Contudo, a adoção de um instituto de direito civil pelo direito administrativo ocorreu em várias etapas que explicitadas a seguir.

### **2.1. Teoria da Irresponsabilidade**

A teoria da irresponsabilidade era vinculada aos Estados absolutistas. Tendo em vista que o Rei era tido como um representante de Deus na terra e que Deus não errava, surge a ideia de que o Rei também não erra, dando origem à expressão "*The King Can do no Wrong*". Por essa teoria o Estado não era responsável por danos causados a terceiros.

José dos Santos Carvalho Filho, por vez, relaciona essa teoria com a dos Estados Liberais, entendendo que:

A noção de que o Estado era o ente todo-poderoso confundida com a velha teoria da intangibilidade do soberano e que o tornava insuscetível de causar danos e ser responsável foi substituída pela do Estado de Direito, segundo a qual deveriam ser a ele atribuídos os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas. [1]

Modernamente as nações aceitam a responsabilidade civil do Estado, possuindo variações quanto a responsabilidade do agente.

## **2.2. Teoria da Responsabilidade Subjetiva**

Com a Revolução Francesa e o surgimento do Estado de direito, surge a possibilidade de responsabilização estatal. Contudo, seguindo a lógica aplicada no Direito Civil, o Estado só seria responsabilizado se agisse mediante culpa.

Para que houvesse responsabilização era feita a diferenciação entre os atos de império (coercitivos porque decorrentes do poder soberano) e de gestão (mais próximos do direito privado). A responsabilização só seria possível, contudo, sobre os atos de gestão. Além disso, a sistemática civil aplicada ao direito administrativo fazia com que coubesse à vítima do ato a identificação de que se tratava de um ato de gestão, bem como a identificação do agente responsável pelo dano e a comprovação de sua culpa. Tal sistemática fazia com que na prática a ideia da irresponsabilidade fosse aplicada.

Por conta disso e dentro ainda da responsabilidade subjetiva, surge uma “segunda fase”, também na jurisprudência francesa – a ideia de culpa anônima ou culpa no serviço. A partir desse momento a vítima passa a ter que demonstrar apenas que o serviço público não foi prestado de forma adequada, seja por má prestação, prestação tardia ou ausência do serviço. A identificação e a comprovação da culpa do agente deixam de ser de competência da vítima e passam a ser do Estado.

## **2.3. Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado**

Esta teoria é adotada hoje e expressa no Art. 37, §6º que traz a seguinte previsão:

CRFB, Art. 37 § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. [2]

A vítima, para responsabilizar o estado, precisa comprovar que aquela conduta do estado provocou aquele dano (conduta, dano e nexos causal), afastando a discussão do elemento culpa (seja ela individual ou anônima) em relação ao Estado.

A responsabilidade objetiva está baseada na teoria do risco administrativo que entende que o Estado assume o risco inerente das atividades que presta e, por isso, ocorrendo o dano ele deve ser responsabilizado. Cabe ressaltar que essa teoria não



se confunde com a teoria do risco integral pois esta não aceita excludentes do nexo de causalidade e só é aplicada em alguns casos específicos tais como danos ambientais, nucleares e de atentados terroristas contra aeronaves.

Por fim, é importante salientar uma última teoria que vem sendo utilizada hoje como base da responsabilidade objetiva: a *teoria da repartição dos encargos sociais* que possibilita a indenização decorrente de condutas lícitas por parte do Estado, quando esta gerar um dano desproporcional ao administrado, como por exemplo uma Lei que determina o fechamento de ruas para a passagem de veículos e em uma dessas ruas tem um posto de gasolina/estacionamento. O estado seria responsabilizado, seja pela desapropriação indireta, pela teoria da repartição dos encargos sociais ou por ser uma lei de efeitos concretos. Ou seja, a adoção dessa teoria possibilita que haja responsabilidade civil do Estado não apenas por conta dos atos ilícitos, mas também por conta dos atos lícitos.

#### **2.4. Das causas excludentes e atenuantes do nexo causal**

O Estado, embora responsável objetivamente pelos danos causados aos seus administrados, tem a sua responsabilidade baseada na teoria do risco administrativo. As causas excludentes do nexo causal, quando causas exclusivas do dano, excluem a própria responsabilidade. São causas excludentes a culpa ou fato exclusivo da vítima, o fato de terceiro e o caso fortuito e força maior.

Se, contudo, o dano foi causado pela atuação da vítima, de terceiro ou de evento da natureza, mas também houve contribuição do Estado, este será responsabilizado na medida de sua contribuição. Nesses casos não há que se falar em excludentes de responsabilidade, mas sim de causas atenuantes.

A aplicação das excludentes no sistema penitenciário, no entanto, deve ser aplicada com cautela. Isso porque apesar de por vezes o dano ter sido gerado exclusivamente pela vítima ou por terceiro, há obrigação do Estado de proteger essas pessoas, pois estão sob sua tutela[3][4].

### **3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE CONDUTA OMISSIVA**

#### **3.1. Da Responsabilidade incidente**

Em relação a responsabilização estatal quanto as condutas omissivas há consenso a respeito de sua possibilidade. Contudo, há divergência, até mesmo entre o STF e o STJ, acerca da forma em que se dá a responsabilização. A doutrina majoritária entende que a responsabilidade civil do estado nas condutas omissivas é subjetiva,

ou seja, é necessário comprovar além do dano e do nexu causal, a negligência por parte do Estado. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. QUEDA DE ÁRVORE. DANO EM VEÍCULO ESTACIONADO NA VIA PÚBLICA. NOTIFICAÇÃO DA PREFEITURA ACERCA DO RISCO. INÉRCIA. NEGLIGÊNCIA ADMINISTRATIVA COMPROVADA. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. 1. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de ser subjetiva a responsabilidade civil do Estado nas hipóteses de omissão, devendo ser demonstrada a presença concomitante do dano, da negligência administrativa e do nexu de causalidade entre o evento danoso e o comportamento ilícito do Poder Público. Precedentes. 2. Na hipótese dos autos, conquanto a Corte *a quo* tenha acenado com a responsabilidade objetiva do Estado, restaram assentados no acórdão os pressupostos da responsabilidade subjetiva, inclusive a conduta culposa, traduzida na negligência do Poder Público, pois mesmo cientificado do risco de queda da árvore três meses antes, manteve-se inerte. 3. O conhecimento da divergência jurisprudencial pressupõe demonstração, mediante a realização do devido cotejo analítico, da existência de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, nos moldes dos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ. 4. Recurso especial conhecido em parte e não provido.[5]

Em sentido contrário e de acordo com parcela minoritária da doutrina, o STF entende que mesmo em condutas omissivas o Estado deve ser responsabilizado objetivamente, como demonstra a ementa do julgado a seguir:

STF. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. INGRESSO DE ALUNO PORTANDO ARMA BRANCA. AGRESSÃO. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL DEMONSTRADOS NA ORIGEM. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no

sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexu causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido.[6]

Contudo, cabe ressaltar que embora para o STF a responsabilidade seja objetiva, o Tribunal entende que o nexu de causalidade só restará caracterizado quando o poder público tenha o dever legal e específico de agir para impedir o evento danoso e mesmo assim não o cumpriu[7]. Ou seja, deve haver omissão específica[8].

### **3.2. Da Omissão Genérica e da Omissão Específica**

A omissão genérica ocorre quando não se pode exigir do Estado atuação específica, sendo a obrigação da Administração mero dever legal, como o poder de polícia. Nesse caso prevalece a responsabilidade subjetiva tendo em vista que a inação do Estado não se apresenta como causa direta do dano, cabendo a vítima comprovar que a falta do serviço concorreu para a existência do resultado danoso.

A omissão específica, por vez, ocorre quando o Estado estiver na condição de garante e por sua omissão criar situação própria à ocorrência do evento danoso. A omissão consiste também na ausência de atitude para evitar o dano, como ocorre, ainda, com a morte de detento em rebelião de presídio. A omissão específica é geradora de responsabilidade civil objetiva da administração pública. [9]

## **4. DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE**

Conforme anteriormente citado, o art. 37, §6º da CRFB[10] prevê o direito de regresso da Administração ao causador do dano. Isso porque como pessoa jurídica, o Estado não pode causar dano diretamente, mas apenas os seus agentes (em sentido lato). Nesse ponto, José dos Santos Carvalho Filho define:

São agentes do Estado os membros dos Poderes da República, os servidores administrativos, os agentes sem vínculo típico de trabalho, os agentes colaboradores sem remuneração, enfim

todos aqueles que, de alguma forma, estejam juridicamente vinculados ao Estado. Se, em sua atuação, causam danos a terceiros, provocam a responsabilidade civil do Estado.[11]

Contudo, ao contrário do Estado, os seus agentes respondem de forma subjetiva ao dano causado, ou seja, além donexo e do dano deve haver também culpa em sua ação ou omissão. A diferenciação da responsabilidade é um ponto central na discussão sobre a possibilidade de denunciação da lide nesses casos.

Quanto ao tema é importante ressaltar que minoritariamente se defende a chamada "teoria da dupla garantia". Esta surge na interpretação do Art. 37, §6º no sentido de que para a reparação do dano causado o particular lesado só poderá demandar o ente público ou a pessoa jurídica de direito privado. Ou seja, o particular lesado não poderia acionar diretamente o agente causador do dano, o que caberia apenas à pessoa jurídica de direito público ou à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos.

Constitui-se, assim, uma dupla garantia: a primeira do particular, que terá assegurada a responsabilidade objetiva, e a segura para o servidor, que somente responderá perante à Administração[12]. Nesse sentido:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a*

pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. *Recurso extraordinário a que se nega provimento*[13].

Entretanto, doutrina majoritária e o STJ não concordam com isso e defendem que não existe essa teoria da dupla garantia, entendendo que a vítima teria três opções, quais sejam, acionar o estado, acionar o agente público ou acionar ambos.

A doutrina, de forma majoritária, não admite a denunciação da lide em responsabilidade civil do estado. O argumento principal é justamente a diferenciação da responsabilidade – ao denunciar a lide, como a responsabilidade do agente público é sempre subjetiva, o poder público traria discussão acerca da culpa para a demanda, frustrando o próprio Art. 37, §6º da CRFB[14], que traz a responsabilidade objetiva justamente para facilitar a responsabilização da vítima.

## **5. O DANO QUE ENSEJA INDENIZAÇÃO**

A responsabilidade civil tem como pressuposto o dano, ou seja, só haverá responsabilidade por uma conduta ou fato se esta provocar dano a terceiro, sendo relevante colocar que esse dano nem sempre será patrimonial, podendo ser também moral, como aquele que atinge a esfera interna do lesado[15].

Além disso, necessário percorrer sobre os elementos da responsabilidade civil aplicáveis à administração, quais sejam: conduta, dano e nexo de causalidade.

No direito civil, a conduta pode derivar de ação ou de omissão, sendo que neste caso se faz necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que o ato não foi praticado, bem como a demonstração de que caso a conduta tivesse sido praticada o dano poderia ter sido evitado[16].

Em regra, não haverá responsabilidade civil sem dano, cabendo o ônus de sua prova ao autor da demanda. Atualmente, Flávio Tartuce aponta que houve uma ampliação do instituto do dano, sendo os danos clássicos ou tradicionais os danos materiais e morais, e os danos novos ou contemporâneos os danos estéticos, os danos morais coletivos, os danos sociais e os danos pela perda de uma chance[17].

Por fim, o nexo de causalidade é o elemento imaterial da responsabilidade civil que constitui a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano suportado. Na responsabilidade objetiva o nexo de causalidade é formado pela conduta, cumulada com a previsão legal de responsabilização[18].

Em relação ao poder público, é necessário ressaltar que, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, só haverá dever de indenizar quando houver lesão a bem jurídico que seja protegido pelo ordenamento. Ademais, ressalta o autor que:

No caso de comportamentos comissivos, a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (ilícita ou lícita), mas pela qualificação da lesão sofrida.[19]

No mesmo sentido, Alexandre Aragão:

Em primeiro lugar, portanto, o dano há de sempre ser (a) jurídico. Se a lesão for econômica, mas não for jurídica, isto é, se, apesar de haver prejuízo, não houver gravame em um direito, não eclodirá a responsabilidade civil. Deve haver lesão a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor do sujeito. (...) O dano para ser indenizável também tem de ser (b) certo, ainda que atual ou futuro (ex.: verba que a vítima terá de despender ainda por muitos anos com fisioterapia). O dano não pode é ser meramente eventual (ex.: lucro cessante da empresa que a pessoa teria aberto se não tivesse sofrido o acidente)[20].

Sendo assim, percebe-se que além da ocorrência danosa devem estar presentes alguns requisitos para que se afigure a responsabilidade estatal.

## **6. DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO LESS ELIGIBILITY NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

O princípio do "*less eligibility*" nasceu na Inglaterra, em 1834, com a "*Poor Law Amendment Act*" (lei do alívio dos pobres). De acordo com esse princípio em seu sentido original, as condições de trabalho nas prisões deveriam ser piores do que o pior emprego existente fora das prisões. Atualmente, contudo, diante de uma cultura punitivista, esse princípio sofreu uma ampliação, passando, de acordo com Luis Flávio Gomes, a ter o seguinte significado:

"As condições de vivência na prisão assim como o tratamento dos presos têm que ser piores do que as condições de vida da classe trabalhadora externa mais baixa e mais depauperada". [21]



Sobre o tema, Marilda Tregues de Souza Sabbatine[22], melhor se explica que por esse terrível princípio:

O lugar destinado à prisão deve ser tão indigno e assustador, que ninguém possa ser encorajado a ali desejar permanecer. O cerne deste princípio é fazer com que até mesmo o mais desafortunado dos indivíduos esteja mais bem instalado que qualquer outro que na prisão se encontrar.

A autora ressalta ainda que:

No que diz respeito ao fato gerador da responsabilidade, não está ele atrelado ao aspecto da licitude ou ilicitude. Como regra, é verdade, o fato ilícito é que acarreta a responsabilidade, mas, em ocasiões especiais, o ordenamento jurídico faz nascer a responsabilidade até mesmo de fatos lícitos. Nesse ponto, a caracterização do fato como gerador da responsabilidade obedece ao que a lei estabelecer a respeito.[23]

Durante muitos anos o discurso da prisão era o de ressocialização, contudo, na década de 70 nos EUA e na Europa que esse entendimento é superado pela política de tolerância zero bem como pelo direito penal emergencial e o populismo penal. Com isso, a pena passa a ter a função única de segregação e neutralização do sujeito transgressor da norma, no que se chama pela criminologia de prevenção especial negativa.

Pode se concluir, assim, que o sistema penal brasileiro adota, na prática, este horrendo princípio, que faz predominar nas prisões o “não direito”:

Sob a ótica do princípio da less eligibility, autoridades que praticam atos de violência em relação aos apenados são “heróis”, pois defendem a sociedade destes seres “matáveis” [mortáveis].” [24]

Ademais, conforme relata Patrick Lemos,

As constantes violações aos mais básicos direitos fundamentais decorrentes das condições de aprisionamento no Brasil corroboram a condição de cidadão de segunda categoria que é emprestada à pessoa presa. O cárcere se apresenta concretamente como um locus de relativização da universalidade característica dos direitos humanos, em

verdadeira manifestação do estado de exceção no sentido atribuído por Giorgio Agamben. [25]

Certo é que em muitos casos os próprios Tribunais Superiores acabam por adotar indiretamente o princípio em questão. Contudo, com a ampliação do debate sobre a aplicação dos direitos humanos na sociedade, a responsabilização civil do Estado diante das barbáries cometidas no sistema prisional vem sendo reconhecida, talvez, como um primeiro passo a humanização de todo o sistema.

A privação da liberdade daquele que praticou um ilícito penal grave é tida como necessária pela sociedade em geral e como constitui um poder de consequências extremamente graves deve ser estritamente guiado pelas normas postas na sociedade.

A responsabilidade civil tem como pressuposto o dano, o prejuízo e não é porque o sujeito cometeu algum tipo de prejuízo para uma pessoa ou sociedade que ele também não pode sofrer esse prejuízo. A condenação penal, por si só, já representa um enorme prejuízo aquele que a tem imposta. Por conta disso não pode ele ser alvo de prejuízo maior do que aquilo que já está na sentença e que se espera normalmente. Não podemos ter que aquele submetido ao juízo criminal é um cidadão de segunda categoria e que não possui direitos.

O princípio do *less eligibility* não pode ter vez no ordenamento brasileiro, devendo o estado ser responsabilizado por todos os danos causados pela sentença criminal e que não sejam dela decorrentes. Diante disso, passa-se a um estudo histórico sobre a responsabilização do estado.

## **7.O SISTEMA PRISIONAL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional é uma técnica não prevista na Constituição e que surgiu na Corte Constitucional da Colômbia como uma "técnica decisória voltada ao enfrentamento de violações graves e sistemáticas da constituição, decorrentes de falhas estruturais em políticas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providencias variadas de diversas autoridades e poderes estatais"[26].

Este reconhecimento permite à Corte Constitucional a imposição ao Estado de medidas para superar tais violações. Como ele confere ao Tribunal poderes muito amplos entende-se que só pode ser manejado em hipóteses excepcionais a grave violação aos direitos humanos que torne a intervenção da Corte essencial.[27]

Carlos Alexandre de Azevedo Campos defende que são três os pressupostos para que ocorra o Estado de Coisas Inconstitucional, quais sejam: (i) a verificação da existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais que afetam um grande número de pessoas; (ii) essa condição seja causada pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar essa conjuntura; (iii) a única forma de modificação dessas condições seja por meio de transformações estruturais da atuação do poder público e pela atuação de uma pluralidade de autoridades[28].

O julgamento da medida cautelar da ADPF 347[29] o STF reconheceu que o sistema carcerário brasileiro vive um estado de coisas inconstitucional tendo em vista que diversos dispositivos constitucionais e internacionais estão sendo desrespeitados, devendo a responsabilização por essa atuação recair sobre os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), bem como sobre a União, Estados-Membros e DF.

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do

preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Por conta desse reconhecimento houve o deferimento de duas das medidas liminares requeridas: a audiência de custódia e a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional para a utilização da finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

Cabe ressaltar, no entanto, que o plenário entendeu que o STF não pode substituir o Legislativo e o Executivo, não podendo afasta-los do processo de formulação e implementação das soluções necessárias para resolver o problema em concreto, não lhe cabendo a definição do conteúdo das políticas a serem implementadas bem como dos meios a serem empregados. Por conta disso indeferiu os pedidos desse viés, que requeriam a homologação de Plano Nacional ou a imposição de medidas alternativas ou complementares bem como a fiscalização das medidas necessárias à superação do Estado de coisas inconstitucional. O outro pedido que foi por este fundamento negado dizia respeito a determinação da elaboração de Plano Estadual e Distrital que contivessem tais propostas[30].

## **8. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO SISTEMA CARCERÁRIO**

### **8.1. A Responsabilidade do Estado em caso de Morte do Detento**

A CRFB em seu Art. 5º, XLIX determina que o Estado deve assegurar aos presos a sua integridade física e moral:

Art. 5º (...) XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral[31];

Sobre o tema, o STF fixou a seguinte tese:

Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da CF/88, o Estado é responsável pela morte de detento.[32]

Sendo assim, qualquer dano que o preso venha a sofrer deverá ser indenizado pelo Estado, tratando-se de responsabilidade objetiva tendo em vista que há omissão específica.

Cabe colocar, contudo, que a responsabilidade civil é regada pela teoria do risco administrativo, ou seja, o Estado poderá ser dispensado de indenizar caso seja demonstrado que ele não tinha a efetiva possibilidade de evitar a ocorrência do dano, ou seja, que a morte do detento não poderia ser evitada.

Um bom exemplo seria o seguinte: Caso haja de negativa de tratamento médico adequado pela administração penitenciária ao detento que dele necessite haverá violação ao Art. 14 da LEP[33]. Este artigo determina a obrigação do poder público quanto ao fornecimento de assistência médica ao preso e ao internado. Por conta disso, caso este preso venha a falecer em virtude dessa negativa haverá responsabilidade do Estado, tendo em vista que houve omissão específica, sendo o óbito previsível. Outrossim, no caso de preso aparentemente saudável que apresente um mal súbito e morra instantaneamente o Poder Público não deverá ser responsabilizado por essa morte tendo em vista a ausência da omissão estatal e o fato de que a morte ocorreria ainda que o indivíduo não estivesse privado de sua liberdade[34].

Outro caso que merece destaque, principalmente tendo em vista os acontecimentos em Manaus no início deste ano (2017) quando 56 presos foram mortos por conta de guerra entre facções dentro do complexo penitenciário, é a responsabilidade civil do estado em relação a detentos mortos em rebeliões. Seguindo a mesma lógica aqui apresentada os tribunais entendem que a responsabilidade nesse caso é objetiva. Nesse ponto é interessante ressaltar que o Estado poderá comprovar que a morte não poderia ser evitada pelo complexo prisional, caso em que a indenização estaria afastada.

Sobre o tema há uma série de julgados no mesmo sentido, dentre os quais podemos destacar:

Responsabilidade civil. Morte de preso durante rebelião. Responsabilidade objetiva do Estado. Artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Ação indenizatória ajuizada pela mãe da vítima. Pedido de indenização por danos morais procedente. Valor indenizatório dentro da razoabilidade. Recursos improvidos.[35]

## 8.2. A Responsabilidade do Estado em caso de suicídio do Detento

O Estado tem o dever de indenizar os familiares do preso que cometeu suicídio dentro de uma unidade prisional sendo essa responsabilidade objetiva. Isso porque, conforme preconizou o Min. Gilmar Mendes no julgamento do ARE 700927 AgR em 28/02/2012[36]:

“o Estado tem o dever objetivo de zelar pela integridade física e moral do preso sob sua custódia, atraindo, então, a responsabilidade civil objetiva, em razão de sua conduta

omissiva, motivo pelo qual é devida a indenização decorrente da morte do detento, ainda que em caso de suicídio”

Contudo, a responsabilização nesse caso perpassa novamente pela questão da omissão quanto ao dever de custódia, que é um dever específico de proteção. Sobre o tema, o TJSP decidiu no mesmo sentido:

**EMENTA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO** Responsabilidade civil do Estado Danos morais e materiais Suicídio de detento em estabelecimento prisional Responsabilidade do Estado Responsabilidade que subsiste ainda que se trate de suicídio Omissão quanto ao dever de custódia e vigilância Dano moral que ocorre “in re ipsa” Fixação do valor indenizatório que deve seguir os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade R\$ 50.000,00 para cada autor Valor que se mostra justo e equânime para a hipótese Dano material Não demonstração Sentença de improcedência Recurso parcialmente provido. (TJ/SP - Apelação 0008863-68.2009.8.26.0053[37])

Conforme relatado no acórdão, como o preso se encontra sob a tutela física do Estado cabe a este velar por sua higidez. No caso em tela o detento estava sofrendo perseguições e ameaças de desafetos dentro da penitenciária[38].

Sergio Cavalieri Filho faz, ainda, uma importante observação no sentido de que frequentemente o comportamento do Estado, embora não cause diretamente o dano concorre para ele de forma decisiva. Por conta disso deve ser responsabilizado objetivamente.[39]

Por mais que o respeitável doutrinador não tenha se referido a hipótese que aqui se discute é possível fazer um paralelo no sentido de que a atuação insuficiente do Estado no sistema carcerário apta a gerar o que se chamou de “estado de coisas inconstitucional” por si só enseja indenização, tendo essa premissa ainda maior validade quanto se trata de um suicídio cometido por um preso dentro da instituição carcerária.

Sabe-se que atualmente uma grande parte da população que vive em situações de normalidade é acometida pela depressão, o que pode levar, em seu pior estágio, ao suicídio. Ora, é de se prever que a submissão ao cárcere fosse apto a gerar por si só uma condição depressiva naquele a que se submete. No que diz respeito ao regime prisional brasileiro é importante salientar que ele não ceifa apenas a liberdade do indivíduo, mas também a sua dignidade, seja pela ausência de condições mínimas de sobrevivência, bem como pelas constantes violações que lá ocorrem. Sendo assim,



### **8.3. A Responsabilidade do Estado diante da superlotação carcerária e a possibilidade de configuração de dano moral.**

Em sede de repercussão geral foi firmada a seguinte tese, que definiu a responsabilidade civil do Estado no caso, bem como a consequente necessidade de fixação de danos morais:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.**[40]**

Isso porque o Estado é o responsável pela guarda, segurança e integridade dos presos enquanto ali permanecerem, sendo dever do poder público mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade e, caso contrário, ressarcir os danos decorrentes de situação degradante. Foi reafirmado que o Estado possui responsabilidade objetiva pela integridade física e psíquica daqueles que estão sob sua custódia.

Ressalta-se que esse dever é imposto também pelo ordenamento internacional, como pode ser retirado da CADH, no artigo que se segue:

Art. 5.2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano**[41]**.

Tal respeito também encontra previsão em outras normativas internacionais, tais como o PIDSCP, a Resolução 01/08 da CIDH, Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, bem como nas Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, de 1955.

Ou seja, o Estado deve manter padrões mínimos de humanidade, atendidas as normas internas e internacionais. Em caso de descumprimento surge a responsabilidade de ressarcir os danos, inclusive morais, em decorrência das condições que se deu o encarceramento**[42]**.

Certo é, por óbvio, que não se pode recusar aos detentos a eficácia dos mecanismos de reparação judicial quanto aos danos por ele sofridos, tendo em vista que todos devem ter acesso à jurisdição. Uma possível negativa agravaria o estado de vulnerabilidade que a pessoa privativa de liberdade já se encontra. O pagamento da indenização deve ser pecuniário, não podendo se dar por meio de remição de pena.

Importante ressaltar quanto ao tema em análise a impossibilidade de aplicação do princípio da reserva do possível, segundo o qual os recursos públicos são limitados e as necessidades são ilimitadas, não havendo condições financeiras para que o Estado atenda a todas as demandas sociais.

Isso porque ao contrário de ações que pedem a implementação de normas sociais (via de regra consideradas como programáticas) a matéria em questão trata da responsabilidade civil do estado que vem tratada no já mencionado art. 37, §6º da CRFB, que é um dispositivo autoaplicável que, portanto, não depende de lei ou providência administrativa para que seja plenamente eficaz.

Além disso, subterfúgios teóricos como a separação dos poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos sofridos não podem ser invocadas para afastar a responsabilidade estatal pelas condições sub-humanas do sistema penitenciário. Tal utilização iria de encontro ao próprio art. 37, §6º, bem como geraria o esvaziamento dos dispositivos convencionais e legais supracitados, que impõe ao Estado o dever de garantir a integridade física e psíquica dos detentos. [43]

## **9. CONCLUSÃO**

As péssimas condições do sistema carcerário brasileiro são conhecidas pela maior parte da população que, contudo, parece não entender a sua importância em uma sociedade organizada. A pena, que possuiria finalidade primordial de ressocializar, está bem longe de conseguir tal objetivo. A população também parece não se importar, se limitando a repetir a frase: direitos humanos para humanos direitos.

Como os Direitos Humanos possuem um caráter universal e devem ser aplicados independentemente do clamor público, a Administração Pública deve se pautar por eles, bem como de acordo com os demais princípios e garantias constitucionais e legais. Na aplicação da pena, não pode a administração ir de encontro com os dispositivos legais e com a decisão concreta de privação de direitos. Além disso, possui a eficiência como um dos seus princípios fundamentais.

Contudo, é nítido que o sistema atual não respeita quaisquer direitos. A pena privativa de liberdade, que como o próprio nome diz, deveria privar a liberdade, restringe uma série de outros direitos, não respeitando nem mesmo os padrões

mínimos de dignidade de vida. Esse não respeito de direitos, por obvio, causa danos e a questão hoje muito discutida seria até que ponto e por quais motivos poderá haver a responsabilização do estado pelos danos ocorridos com os presos.

A responsabilidade civil do estado evoluiu de um sistema de total de irresponsabilidade até a regra que temos hoje, a da aplicação da teoria do risco administrativo. Essa teoria admite excludentes, mas nem todas são aplicados no sistema prisional tendo em vista que o preso está sob tutela do Estado, sob sua responsabilidade.

O entendimento majoritário é pela responsabilidade objetiva do estado, com base na teoria do risco, contudo.

Com base neste entendimento, os tribunais vêm entendendo pela possibilidade de responsabilização do estado pelos danos decorrentes de um sistema carcerário fracassado. Nesse sentido, vão de encontro aos anseios populares, cada vez mais punitivistas e que entendem que os transgressores do direito penal devem se submeter a condições piores do que a sociedade em geral. Sendo assim, ao menos quanto a responsabilidade estatal no cárcere não há aplicação do princípio do *less eligibility*.

Jurisprudencialmente entendeu-se que o sistema penitenciário brasileiro vigora o estado de coisas inconstitucional. Com base também nesse entendimento o STF deferiu o pedido e concedeu indenização a título de danos morais a um preso que cumpria a sua pena em um presídio superlotado. Entendeu-se, ainda, pela possibilidade de reparação civil nos casos de morte de detento e até mesmo de suicídio.

Conclui-se, portanto, que a ineficiência estatal reitora do sistema carcerário brasileiro enseja responsabilização estatal. A ausência de cumprimento de requisitos mínimos, previstos na legislação nacional e internacional, bem como o desrespeito de condições mínimas de salubridade, segurança, entre outros, caracteriza, sem sombra de dúvidas os requisitos mínimos para que se possa aplicar a teoria da responsabilidade objetiva.

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2013.

AZEVEDO CAMPOS de, Carlos Alexandre - **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural** – CONJUR – disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015->

[set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural](#)>. Acesso em 27/04/2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 02/05/2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em 02/05/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 700927/GO. Julgado em 31/07/2012. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22400418/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-700927-go-stf/inteiro-teor-110674468>>. Acesso em 02/05/17.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580252/MS, julgado em 16/02/2017. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28580252%2E%2E+OU+580252%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/hom8r36>>. Acesso em 28/04/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental nos embargos de divergência do agravo regimental no recurso extraordinário 677.139/PR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 22/10/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9957279>>. Acesso em 02/05/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Cautelar Julgada em 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 02/05/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso extraordinário com agravo 697.326/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 05/03/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3692940>>. Acesso em 02/05/2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 841526/RS. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 30/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4645403&numeroProcesso=841526&classeProcesso=RE&numeroTema=592>>. Acesso em 02/05/17.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 327904/SP. Ministro Relator: Carlos Britto. Julgado em 15/08/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+327904%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+327904%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/axs7cncr>>. Acesso em 03/05/17.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.230.155/PR. Ministro Relator: Eliana Calmon. Julgado em 05/09/2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1230155&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 02/05/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 9059091-53.2009.8.26.0000, julgada em 14/10/2013. Relator Luis Fernando Camargo de Barros Vidal. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/tj-sp-confirma-indenizacao-danos-morais.pdf>> . Acesso em 28/04/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo, apelação nº 419.707.5/5-00, julgada em 16/12/2009. Relator: Reinaldo Miluzzi. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4260773&cdForo=0&vlCaptcha=mzrq>>. Acesso em 28/04/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0008863-68.2009.8.26.0053, julgada em 05/09/2017. Relator Reinaldo Miluzzi. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/suicidio-estabelecimento-penitenciario.pdf>>. Acesso em: 28/04/2017.

CACIEDO, Patrick Lemos. **O princípio da less eligibility, a legalidade na execução penal e os tribunais superiores.** Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/86456>>. Acesso em 02/05/2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 31ª edição. São Paulo. Atlas, 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Estado tem o dever de indenizar pessoa que se encontra presa em situação degradante.** Disponível em:

<<http://www.dizerodireito.com.br/2017/03/estado-tem-o-dever-de-indenizar-pessoa.html>>. Acesso em 28/04/2017.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil do Estado em caso de morte de detento.** Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/04/responsabilidade-civil-do-estado-em.html>>. Acesso em 27/04/2017.

\_\_\_\_\_. Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>>. Acesso em 13/06/17.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10ª edição. São Paulo. Atlas, 2012. p. 284.

\_\_\_\_\_. **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado.** Disponível em: <<http://sergiocavaliere.com.br/artigos.php?id=5#.WQN-ldryvIV>>. Publicado em 07/04/2016. Acesso em 28/04/17.

CLINICA UERJ DIREITOS - **Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário** – ADPF 347. Disponível em: <<http://uerjdireitos.com.br/adpf-347-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario/>>. Acesso em 02/05/17.

GOMES, Luis Flavio. **A “menor elegibilidade” (“less eligibility”) da prisão.** Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924634/a-menor-elegibilidade-less-eligibility-da-prisao>>. Acesso em 02/05/17.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010 - p. 1021.

SABBATINE, Marilda Tregues de Souza. **O estado democrático de direito e a pena privativa de liberdade: aspectos jurídicos e sociais.** Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-estado-democratico-de-direito-e-a-pena-privativa-de-liberdade-aspectos-juridicos-e-sociais/13921>>. Acesso em 02/05/17.

OLIVEIRA, Roberta Helfer. **A Responsabilização do Estado perante os danos causados aos indivíduos no sistema penitenciário.** Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009\\_2/roberta\\_oliveira.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_2/roberta_oliveira.pdf)>. Acesso em 02/05/2017.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil.** 6ª edição – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.



ULBRICK, Gabriel. **Você sabe o que é a teoria da Dupla Garantia.** Disponível em: <<https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/voce-sabe-o-que-e-a-teoria-da-dupla-garantia>>. Acesso em 03/05/17.

NOTAS:

[1] CARVALHO FILHO, José dos Santos - Manual de Direito Administrativo – 31ª edição – São Paulo, Atlas, 2017 – p. 373.

[2] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 02/05/17.

[3] OLIVEIRA, Roberta Helfer. **A Responsabilização do Estado perante os danos causados aos indivíduos no sistema penitenciário.** Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009\\_2/roberta\\_oliveira.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_2/roberta_oliveira.pdf)>.

[4] OLIVEIRA, Roberta Helfer. **A Responsabilização do Estado perante os danos causados aos indivíduos no sistema penitenciário.** Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009\\_2/roberta\\_oliveira.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_2/roberta_oliveira.pdf)>.

[5] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.230.155/PR. Ministro Relator: Eliana Calmon. Julgado em 05/09/2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1230155&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 02/05/2017.

[6] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso extraordinário com agravo 697.326/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 05/03/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3692940>>. Acesso em 02/05/2017.

[7] CAVALCANTE, Marcio André Lopes. **Responsabilidade Civil do Estado em caso de morte de detento.** Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/04/responsabilidade-civil-do-estado-em.html>>.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental nos embargos de divergência do agravo regimental no recurso extraordinário 677.139/PR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 22/10/2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9957279>>. Acesso em 02/05/2017.

[9] CAVALIERI FILHO, Sérgio - A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado. Disponível em: <<http://sergiocavaliere.com.br/artigos.php?id=5#.WQN-ldryvIV>>. Publicado em 07/04/2016. Acesso em 28/04/17.

[10] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 02/05/17.

[11] CARVALHO FILHO, José dos Santos - Manual de Direito Administrativo – 31ª edição – São Paulo, Atlas, 2017 – p. 376.

[12] ULBRICK, Gabriel. Você sabe o que é a teoria da Dupla Garantia. Disponível em: <<https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/voce-sabe-o-que-e-a-teoria-da-dupla-garantia/>>. Acesso em 03/05/17.

[13] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 327904/SP. Ministro Relator: Carlos Britto. Julgado em 15/08/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+327904%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+327904%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/axs7cnr>>. Acesso em 03/05/17.

[14] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 02/05/17.

[15] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31ª edição - São Paulo, Atlas, 2017 – p. 372.

[16] TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 6ª edição – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016 – p. 503-504.

[17] Ibid, p. 521- 522.

[18] Ibid, p. 513-514.

[19] MELLO, Celso Antônio Bandeira de - Curso de direito administrativo - 27ª edição - São Paulo: Malheiros, 2010 - p. 1021.

[20] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2013. p. 626 e 627.

[21] GOMES, Luis Flavio – A “menor elegibilidade” (“less eligibility”) da prisão. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924634/a-menor-elegibilidade-less-eligibility-da-prisao>. Acesso em 02/05/17.

[22] SABBATINE, Marilda Tregues de Souza. O estado democrático de direito e a pena privativa de liberdade: aspectos jurídicos e sociais. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-estado-democratico-de-direito-e-a-pena-privativa-de-liberdade-aspectos-juridicos-e-sociais/13921>>. Acesso em 02/05/17.

[23] CARVALHO FILHO, José dos Santos - Manual de Direito Administrativo – 31ª edição – São Paulo, Atlas, 2017 – p. 371.

[24] SABBATINE, Marilda Tregues de Souza. O estado democrático de direito e a pena privativa de liberdade: aspectos jurídicos e sociais. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-estado-democratico-de-direito-e-a-pena-privativa-de-liberdade-aspectos-juridicos-e-sociais/13921>>. Acesso em 02/05/17.

[25] CACIEDO, Patrick Lemos – O princípio da less eligibility, a legalidade na execução penal e os tribunais superiores. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/86456>>. Acesso em 02/05/2017.

[26] CLINICA UERJ DIREITOS - Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário – ADPF 347. Disponível em: <<http://uerjdireitos.com.br/adpf-347-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario>>. Acesso em 02/05/17.

[27] Op. Cit.

[28] AZEVEDO CAMPOS de, Carlos Alexandre - O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural – CONJUR – disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso 27/04/2017.

[29] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Cautelar Julgada em 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 02/05/2017.

[30] CAVALCANTE, Marcio André Lopes. Entenda a decisão do STF sobre o sistema carcerário brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>>. Acesso em 13/06/17.

[31] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 02/05/2017.

[32] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 841526/RS. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 30/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4645403&numeroProcesso=841526&classeProcesso=RE&numeroTema=592>>. Acesso em 02/05/17.

[33] BRASIL. Lei 7.210/84 - Lei de Execuções Penais - Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. § 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento. § 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

[34] CAVALCANTE, Marcio André Lopes. Responsabilidade civil do Estado em caso de morte de detento. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/04/responsabilidade-civil-do-estado-em.html>>. Acesso em 27/04/2017.

[35] BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 9059091-53.2009.8.26.0000, julgada em 14/10/2013. Relator Luis Fernando Camargo de Barros Vidal. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/tj-sp-confirma-indenizacao-danos-morais.pdf>> . Acesso em 28/04/2017.

[36] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 700927/GO. Julgado em 31/07/2012. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22400418/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-700927-go-stf/inteiro-teor-110674468>>. Acesso em 02/05/17.

[37] BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 0008863-68.2009.8.26.0053, julgada em 05/09/2017. Relator Reinaldo Miluzzi. Disponível em:

<<http://s.conjur.com.br/dl/suicidio-estabelecimento-penitenciario.pdf>>. Acesso em: 28/04/2017.

[38] BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, apelação nº 419.707.5/5-00, julgada em 16/12/2009. Relator: Reinaldo Miluzzi. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4260773&cdForo=0&vICaptcha=mnzrq>>. Acesso em 28/04/2017

[39] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª edição. São Paulo. Atlas, 2012. p. 284.

[40] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580252/MS, julgado em 16/02/2017. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28580252%2E%2E%2E+OU+580252%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/hom8r36>>. Acesso em 28/04/2017.

[41] COSTA RICA, Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Disponível em [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em 02/05/17.

[42] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Estado tem o dever de indenizar pessoa que se encontra presa em situação degradante.** Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2017/03/estado-tem-o-dever-de-indenizar-pessoa.html>>. Acesso em 28/04/2017.

[43] CAVALCANTE, Márcio André Lopes, op. cit.

## **POSSIBILIDADE JURÍDICA DO USO DO NOME AFETIVO NO CURSO DO PROCESSO DE ADOÇÃO: REFLEXOS NO ESTADO DO TOCANTINS**

**MARLUCE DA SILVA MOTA:** Acadêmica do Curso de Direito - 10º Período da Faculdade Serra do Carmo (FASEC).

**KELLY NOGUEIRA DA SILVA GONÇALVES** <sup>[1]</sup>

**(orientadora)**

**RESUMO:** O nome afetivo de acordo o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM é diferente do que consta no registro civil, é aquele que os pais adotivos pretendem tornar definitivo quando a guarda do menor for concedida. Sobre a matéria da possibilidade do uso do nome afetivo no processo de adoção em nível nacional, tramita no Congresso o Projeto de Lei do Senado nº 330, de 2018 motivado pelas leis Lei 7930/2018 sancionada no Rio de Janeiro e a lei n.º 2.721/2019 sancionada no Mato Grosso do Sul. Nessa perspectiva, este estudo traz uma abordagem jurídica sobre a possibilidade jurídica do uso do nome afetivo no curso do processo de adoção e o seus reflexos no Estado do Tocantins. No Estado do Tocantins, a possibilidade do uso do nome afetivo durante o processo de adoção aconteceu precipuamente no município de Palmas-TO por meio da Lei 2.480/2019. Outro município a considerar o nome afetivo durante o processo de adoção foi Pedro Afonso, através da lei 23/2019. O artigo a seguir é de caráter bibliográfico referendado por doutrinas, jurisprudências e legislações específicas que tratam do tema ora em estudo.

**Palavras chave:** Adoção. Direito da Personalidade. Nome Afetivo.

**ABSTRACT:** The name of the affective in the agreement or the Brazilian Institute of Family Law - IBDFAM is different from what appears in the civil registry, who is the adoptive father who wishes to make it definitive when a minor custody is granted. On a matter of the possibility of using the username in the adoption process at the national level, proceeding in Congress or Senate Bill No. 330, of 2018 motivated by the laws Law 7930/2018 sanctioned in Rio de Janeiro and law no. 2,721 / 2019 sanctioned in Mato Grosso do Sul. In this perspective, this study brings a legal approach on the possibility of using a student's name in the course of the adoption process and its reflexes in the State of Tocantins. In the State of Tocantins, the possibility of using the active name during the adoption process occurred precipitously in the municipality of Palmas-TO through Law 2,480 / 2019. Another municipality considered or named as active during the adoption process was Pedro



Afonso, through of the law 23/2019. The following article is of bibliographic character referenced by doctrines, jurisprudence and specific laws that deal with its study.

**Keywords:** Adoption. Personality Law. Affective Name.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Fundamentação – 2.1 – A adoção no direito brasileiro – 2.2. Adoção pelo estatuto da criança e do adolescente (lei 8.069/90) – 2.3. Adoção pelo código civil de 2002 – 3. Nome como direito de personalidade no processo de adoção – 3.1. A tutela jurídica e a possibilidade do nome afetivo no processo de adoção: concepções atuais – 3. 2 Possibilidade jurídica do uso do nome afetivo no curso do processo de adoção: reflexos no Estado do Tocantins – 4. Considerações finais – 5. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A adoção no Brasil é considerado um processo amplo que demanda muito tempo. Durante este processo estão envolvidos muitos pontos, todos eles relacionados ao melhor interesse do adotado.

Numa reflexão histórica é possível constatar que nas últimas décadas, a política e as mudanças introduzidas pelo ECA colocam a sociedade brasileira diante de um novo paradigma em relação à visão e aos modos de ação quando se trata de Criança e Adolescente. A Carta Constitucional, tanto como o Estatuto (ECA), traz avanços fundamentais quando passa a considerar a população alvo desta pesquisa (criança e o adolescente) como sujeitos de direitos, como pessoas em condições peculiares de desenvolvimento; e como pessoas de prioridade incondicional.

Nessa perspectiva, este estudo pretende evidenciar a importância do nome afetivo durante o decurso do processo de adoção, buscando elencar juridicamente, subsídios que respondam a questão norteadora desta pesquisa, que partiu da seguinte indagação: o que o ordenamento jurídico pátrio prevê sobre a possibilidade do uso do nome afetivo a nível nacional?

Elenca-se neste artigo breves considerações sobre a adoção no direito brasileiro, a adoção pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e a adoção pelo Código Civil de 2002, o nome como direito de personalidade no processo de adoção, a tutela jurídica e a possibilidade do nome afetivo no processo de adoção: concepções atuais e por fim a possibilidade jurídica do uso do nome afetivo no curso do processo de adoção e os reflexos no Estado do Tocantins.

Na certeza de que a adoção precisa de atenção especial no sentido de ser primeiramente conhecida para que, posteriormente, possa ser transformada e então

permitir a constituição de novas práticas de cuidado com as crianças e adolescentes, principalmente no que se trata do seu direito de personalidade é que se propõe a discutir tal temática, pretendendo socializar conhecimentos que, ainda se encontram pouco divulgados.

Dessa forma, tendo em vista o compromisso do curso de Direito com a formação geral e humanística, esta pesquisa pretende trazer à baila os reflexos da possibilidade do uso do nome afetivo no Estado do Tocantins, bem como na legislação nacional.

## **2 FUNDAMENTAÇÃO**

### **2.1 A adoção no direito brasileiro**

Do ponto de vista etimológico, o termo adotar vem do latim *adoptare* e quer dizer considerar, escolher, cuidar. “Adoção é um ato jurídico solene em virtude do qual a vontade dos participantes, com a permissão da lei, cria, entre pessoas naturalmente estranhas entre si, relações análogas às oriundas da filiação biológica” (TARTUCE, 2017, p. 511).

Dias (2013) considera a adoção com um possibilidade de oferecer a uma criança, que não pôde ser criada pelos pais biológicos, a oportunidade de possuir uma família, sendo desejada e cuidada.

A natureza jurídica da adoção pode ser definida como ato jurídico complexo, bilateral, havendo preliminarmente a fase negocial, com a manifestação da vontade das partes interessadas, aperfeiçoando-se posteriormente na fase judicial, em que o Estado verifica se é oportuna e conveniente a adoção para o caso concreto (BAPTISTA, 2013, p. 7).

Para Diniz (2016), é possível que um filho adotivo sinta-se filho da história de um cada adotante na medida em que a vivência da adoção seja satisfatória. É imprescindível que se amplie o debate quanto à adoção, família e prática sexual. É certo que crianças e adolescentes têm o direito ao convívio com a família e com a comunidade e como parte do construto social são detentores do direito ao estabelecimento de vínculos afetivos e sociais.

Diniz (2016), ainda lembra que quanto aos critérios para a seleção do que vem a ser uma família ideal e apta para adotar uma criança é essencial ter em vista a situação de abandono em que muitas crianças se encontram nos dias de hoje.

A adoção é uma medida excepcional, cabível apenas quando se verificar a impossibilidade de manutenção da criança ou adolescente na família de origem que tem como fundamento majorar a garantia do direito fundamental das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, conforme determinam a Constituição Federal, artigo 227, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 19.

Este direito também pode ser atendido por meio de outras duas medidas protetivas, que são a guarda, que se encontra estabelecida no ECA no artigo 33, subseção II, parágrafos 33 a 35, ou a tutela, também disciplinada pelo ECA artigo 33, subseção III, parágrafos 36 a 38.

Em relação à irrevogabilidade da adoção afirma que não raro os adotados são devolvidos pelos adotantes, a lei não disciplina tal fato jurídico, mas com certeza, nesses casos, talvez seja esse o efeito mais benéfico ao adotado, que tem o direito de ficar com quem realmente o ame, aceite e compreenda (DIAS, 2013).

A mesma autora destaca que a jurisprudência impõe aos adotantes a obrigação de prestar alimentos aos adotados ora devolvidos, com o intuito de suportar os gastos do acompanhamento psicológico da criança ou adolescente que com tal acontecimento sofre mais um abalo em seu contexto de vida.

Nesse viés, a adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha (DINIZ, 2016).

Dessa forma, diferentes estudiosos descrevem adoção como um fenômeno que inclui ações jurídicas de proteção da criança e ou adolescente assim como integra causas sociais em torno de uma questão secular.

Atualmente, no Brasil todo processo de adoção deve estar pautado nos artigos 1.618 a 1.619 do Código Civil, na Lei Nacional de Adoção e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Lembrando que todo o postulado dessa legislação tem como foco principal o bem da criança ou adolescente a ser adotado. Para fins deste estudo, a seguir será apresentado as concepções jurídicas sobre a adoção previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069/90, elencado no tópico a seguir e posteriormente do Código Civil de 2002.

## **2.2. Adoção pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90)**

No ano de 1990 quando entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, as regras para adoção tornaram-se mais simples trazendo uma

série de modificações que em grande medida, contribuiu para a modernização do processo de adoção no Brasil. Nesta lei, está posto que a idade máxima para o adotando será de 18(dezoito) anos e não sete e para os pretendentes a adotar a idade passou a ser 21(vinte e um) anos não havendo mais a obrigatoriedade quanto ao estado civil casado(a).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) instituído em 1990 estabelece que no processo de adoção, deve-se considerar como prioridade as reais vantagens para o adotando. O mesmo estatuto não prevê adoção por homossexuais, entretanto, é sabido que ao longo da história, a adoção, favorece a construção de uma via real de inclusão e respeito da criança e ou adolescente.

Conforme determina o artigo 41 do ECA, a partir da adoção a criança ou adolescente passa a ter os mesmos direitos e deveres, do filho biológico, direito ao nome, parentesco, alimentos e sucessão, deveres de obediência e respeito. Também de acordo com o artigo 39 do mesmo instituto a adoção é medida irrevogável, levando o adotado a perder todos os vínculos com sua família biológica, ou seja, nome, parentesco, alimentos, sucessão tendo de serem observados apenas os vínculos quanto aos impedimentos para o casamento, tais impedimentos estão elencados no artigo o artigo 1521 do Código Civil (ECA, 1990).

O artigo 47 do ECA (1990) estipula que o vínculo de adoção dá-se mediante sentença judicial e portanto, é o Juiz da Vara da Infância e da Juventude a autoridade legitimada pela sociedade para aplicar o instituto da adoção, sendo que esta só será deferida quando for comprovada a vantagem real para o adotando embasada em motivos legítimos, conforme propõe o artigo 43 do ECA.

Vale citar que, no ano de 2009, foi implantado o Cadastro Nacional de crianças e adolescentes passíveis de adoção por meio da Lei 12.010/2009, Lei Nacional da Adoção, com apenas sete artigos, fez grandes alterações no ECA e revogou dez artigos do Código Civil de 2002, que disciplinavam a adoção, dando também nova redação aos artigos 1.618 e 1.619, e ao artigo 1.734, este que regula a investigação de paternidade. Além de outras alterações reforçou a função e as obrigações do Estado concernente à adoção no país, bem como estabeleceu prazos para agilizar o processo de adoção.

Nesse sentido, o ECA estabelece nos artigos 2º, 4º e 5º, os requisitos que devem ser observados por parte dos adotantes:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. § 1º. Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando. § 2º. Para adoção

conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. § 3º. O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando. § 4º. Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. § 5º. Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (DINIZ, 2016, p. 46).

Ainda em relação às exigências relacionadas aos adotantes, é indispensável que estejam inscritos no Cadastro Nacional de Adoção nas comarcas ou foros regionais conforme descrito no artigo 50 do ECA:

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. § 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando: I - se tratar de pedido de adoção unilateral; II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei (BRASIL, 2013, p. 10-11).

Conforme afirma Dias (2013), o ECA determina que o adotante deve necessariamente, submeter-se a estudo psicossocial que deve ser disponibilizado pela Justiça da Infância e da Juventude com objetivo de aferir a capacidade e preparo dos mesmos para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável.

Além disso, por meio desse fundamento pressupõe-se estimular a adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidade específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos e sempre que possível e recomendável o contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados sob orientação, supervisão e avaliação de equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude (ECA, 1990).

Em relação aos direitos do adotando, a Constituição Federal dispõe no parágrafo 6º do artigo 227: “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” (BRASIL, 2013, p. 64).

Dessa forma, está claro que a criança ou adolescente a partir da adoção passa a ter os mesmos direitos, inclusive os referentes aos sucessórios que os filhos biológicos, sendo que os vínculos com a família biológica somente não serão desfeitos nos casos aplicados ao parágrafo 1º do referido artigo onde estabelece que no caso da adoção unilateral, situação em um dos cônjuges adota o filho do outro cônjuge, os vínculos familiares com o adotando não serão desfeitos.

Dias (2013) observa que de acordo com o artigo 48 do ECA, o adotado após completar 18 (dezoito) anos de idade, tem acesso a informações sobre sua origem biológica e ao inteiro teor do processo por meio do qual ocorreu a adoção. De outra forma, caso o adotado não tenha completados 18 anos e demonstre interesse em conhecer o processo de adoção, terá direito a orientação assim como assistência jurídica e psicológica.

O ECA, no artigo 39 está descrito que após transitada em julgado a sentença de adoção, garantida está a impossibilidade de revogação da mesma, e ainda que, venha ocorrer o óbito dos adotantes, como advertido no artigo 49 dessa lei, não se restabelece o poder familiar dos pais biológicos e dessa forma está garantido o direito do adotado à herança de seus pais adotivos, conforme estabelece o artigo 41 do referido diploma. Bem como, o direito à assistência, educação, inclusive podendo reivindicar judicialmente o direito de alimentos por parte dos avós adotivos uma vez que a partir da adoção está atribuída ao adotado a condição de filho.

### **2.3 Adoção pelo Código Civil de 2002**

Em vista da insegurança jurídica, no que atine, as diversas alterações legislativas no substanciais no Código Civil, dentre elas, revogações de artigos, houve a necessidade de uma reforma do Código Civil, o que resultou na criação da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que foi intitulada como Novo Código Civil de 2002.



Com o advento da nova Lei, diversas alterações foram tidas, mas o atual código preocupou-se com o intuito da adoção, mesmo havendo o Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê a adoção. Nesse sentido, à luz do defendido por Venosa (2019, p. 328) “persiste a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente em matéria de adoção, em tudo que não conflitar com normas inovadoras introduzidas no corrente Código Civil”. Como vimos, muitos dos dispositivos são repetitivos, e expressam a mesma noção do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto que há uma grande semelhança na adoção trazida pelo vigente Código Civil e de outro lado a adoção disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo a que o disposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, já foi abordado no tópico anterior, resta, no entanto, mencionar a adoção pelo Código Civil.

Entretanto com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente e com a promulgação do Novo Código Civil de 2002, a adoção passou a ser disciplinado de duas maneiras.

De acordo com Rizzardo (2006, p. 536):

Duas, então, as formas de adoção que remanesceram: a do Código Civil e a do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicável aquela aos maiores de dezoito anos e procedida através de escritura pública, e a última aos menores até dezoito anos, a quem era dirigido o diploma da Lei nº 8.069/90.

No entanto a adoção pela lei civil trata sobre a adoção de maiores de 18 anos, onde a competência e da vara família, com assistência do Poder Público, onde é formalizado por sentença.

O processo da adoção será de acordo com os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, previstos nos artigos 1.103 a 1.112 do Código de Processo Civil. Somente se permite a adoção quando esta constituir efetivo benefício para o adotando, isto de acordo com o art. 1.625 do Código Civil.

Para corroborar o que descreve a Carta Magna, o ECA estabelece no artigo 41, que a adoção garante ao adotado os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, de filho biológico, ainda rompe qualquer vínculo com sua família biológica, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais, elencados no Código Civil. Dentre esses direitos, está o direito ao nome, assunto abordado no próximo tópico.

### **3 NOME COMO DIREITO DE PERSONALIDADE NO PROCESSO DE ADOÇÃO**

O conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano.

Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica.

[...] a personalidade é, portanto, o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade (GONÇALVES, 2017, p. 95)

Nesse sentido, a definição de nome, para o direito, segundo o qual, é a designação ou sinal exterior pelo qual a pessoa identifica-se no seio da família e da sociedade.

[...] a expressão mais característica da personalidade, o elemento inalienável e imprescritível da individualidade da pessoa, não se concebendo, na vida social, ser humano que não traga um nome. A designação pela qual se identificam e distinguem as pessoas naturais, nas relações concernentes ao aspecto civil da sua vida jurídica (TARTUCE, 2017, p. 88)

O nome é a espécie e a identidade é o gênero. Desse modo, é considerado como o bem à identidade engloba o nome como um sinal social de identificação humana principal, gozando da proteção e privilégios estabelecidos em Lei (GONÇALVES, 2017).

Assim, se o Estado deve assegurar que os indivíduos possam viver com a mesma dignidade, deve também assegurar-lhes o direito ao nome, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, à liberdade e à vida privada.

Frisa-se, no ponto, que, o estudo do nome, possui uma ligação com duas vertentes, um aspecto público e um aspecto individual, haja vista que o Estado, possui interesse que as pessoas sejam identificadas na sociedade pelo nome e, não coincidentemente, disciplina o seu uso na Lei dos Registros Públicos, Lei nº 6.015/73.

Sob o prisma individual, o nome está precipuamente ligado, no fato de que, o direito ao nome, goza do poder reconhecido ao seu possuidor de por ele designar-se e de reprimir abusos cometidos por terceiros. Sem descurar que o art. 16 do

Código Civil, dispõe que, o possuidor do nome possui todo direito defendê-lo, acaso ocorra situações que frustrem sua imagem social.

É válido considerar que, a doutrina destaca que o nome consiste, a rigor, não em um direito, mas em verdadeiro direito-dever, na medida em que ninguém pode não ter um nome. De uma tradição caracterizada pela imutabilidade do nome e por um forte controle estatal sobre suas alterações, herdada da experiência cultural portuguesa, o Brasil tem passado a um cenário mais dúctil, com uma sucessão impressionante de normas legais que vêm relativizar a inflexibilidade da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73) para admitir novas hipóteses de alteração do nome, como a Lei n. 9.708/1998, que admite a substituição do prenome por apelidos públicos e notórios e a Lei n. 11.924/2009, que autoriza o enteado ou enteada a adotar o nome de família do padrasto ou madrasta.

Nessa concepção “o nome deixa assim de ser uma imposição do destino, cuja alteração restava vedada pela ordem jurídica, para se tornar progressivamente um espaço de autonomia existencial da pessoa humana” (SCHREIBER, 2020, p. 207).

Para Gonçalves (2017), o nome é a designação ou sinal exterior pelo qual a pessoa identifica-se no seio da família e da sociedade. É considerada ainda a expressão mais característica da personalidade, o elemento inalienável e imprescritível da individualidade da pessoa, não se concebendo, na vida social, ser humano que não traga um nome. É a designação pela qual se identificam e distinguem as pessoas naturais, nas relações concernentes ao aspecto civil da sua vida jurídica.

Para fins da adoção, o adotado não pode conservar o sobrenome de seus pais de sangue, como consequência do desligamento dos vínculos de parentesco determinado no art. 41, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo acrescentado ao seu, obrigatoriamente, o do adotante, como dispõe expressamente o § 5º do art. 47 do referido diploma, com a redação dada pela Lei n. 12.010/2009.

Com a adoção o adotado assume o nome do adotante, como prescreve o artigo 47, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo determinar a modificação de seu prenome, se for infante, a pedido do adotante ou do adotado (GONÇALVES, 2017).

O nome de família do adotado é alterado, ocorrendo uma ruptura com o seu passado, cujo prenome também pode ser alterado mediante pedido expresso, firmado por ele ou pelo adotante, devendo o juiz decidir acerca dessa possibilidade, de modo a não perder por completo parte de sua identidade, e no caso de a modificação do prenome ser requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do

adotando, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 do ECA e que respeita a ouvir o infante se já contar com doze anos completos (ECA, art. 47, § 6º).

Como a adoção realmente busca imitar a natureza, quando o infante adotado ainda é pequeno, de tenra idade e, por isso, ainda não tem qualquer compreensão da vida, e sequer domínio da fala, nada de mais grave se apresenta com a possibilidade de alteração do prenome da criança adotada, especialmente porque oportuniza ao adotante, e, sobretudo, se for um casal adotando em conjunto, dar ao filho o nome idealizado para a sua prole natural.

A seguir será explanado sobre a possibilidade jurídica do uso do nome afetivo durante o processo de adoção. O nome afetivo de acordo o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM (2020), diferente do que consta no registro civil, é aquele que os pais adotivos pretendem tornar definitivo quando a guarda do menor for concedida. O IBDFAM (2020), ainda esclarece que, na família, a pessoa tem um nome diferente do que consta em seu registro civil, afetando a sua vida como um todo, visto que para a sociedade ela terá um nome com o qual não se identifica, esse procedimento é considerado viável dado a circunstancia da demora para finalização do processo de adoção.

### **3.1 A tutela jurídica e a possibilidade do nome afetivo no processo de adoção: concepções atuais**

Sobre a matéria da possibilidade do uso do nome afetivo no processo de adoção em nível nacional, tramita no Congresso o Projeto de Lei do Senado nº 330, de 2018, que em seus artigos prevê:

Art. 1º A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 33-A e 33-B: “Art. 33-A. Poderá ser utilizado nome afetivo nos cadastros das instituições escolares, de saúde, cultura e lazer, para crianças e adolescentes que estejam sob a guarda provisória, no processo de adoção. § 1º O nome afetivo é a designação pela qual a criança ou adolescente passará a ser identificada após a concessão da guarda provisória, com modificação do nome, do prenome, ou de ambos. § 2º Caso seja requerida a modificação de prenome, tratando-se de adolescente maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. Art. 33-B. Os registros dos sistemas de informação, dos cadastros, dos programas, dos serviços, das fichas, dos formulários, dos prontuários e congêneres das entidades descritas no caput

deverão conter o campo “nome afetivo” em destaque, acompanhado do nome civil, que será utilizado apenas para fins administrativos internos. Parágrafo único. Poderá ser empregado o nome civil da criança ou adolescente, acompanhado do nome afetivo, apenas quando estritamente necessário ao atendimento do interesse público e à salvaguarda de direitos de terceiros.”

A justificação do projeto apresentado dispõe sobre o uso do nome afetivo nos cadastros de instituições escolares, de saúde, cultura e lazer, para crianças e adolescentes sob guarda provisória, previamente à sentença definitiva de adoção. Desta maneira, não será mais necessário esperar que o processo de adoção, sabidamente demorado, se complete para utilizar o nome dado pela nova família, como símbolo de uma vida nova que se inicia para a criança ou adolescente (BRASIL, 2018).

A motivação da autoria do Projeto de Lei do Senado nº 330/2018 do Senador Gladson Cameli foi a Lei 7930/2018 promulgadas no Rio de Janeiro e a lei n.º 2.721/2019 do Mato Grosso do Sul, os primeiros estados a autorizar o uso de nome afetivo de crianças e adolescentes que ainda estão em processo de adoção ambas sancionadas com o apoio do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

### **3. 2 Possibilidade jurídica do uso do nome afetivo no curso do processo de adoção: Reflexos no Estado do Tocantins**

No Estado do Tocantins, a possibilidade do uso do nome afetivo durante o processo de adoção aconteceu precipuamente no município de Palmas-TO por meio da Lei 2.480/2019, vale citar que esta iniciativa foi do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

A Lei dispõe sobre uso do nome afetivo nos cadastros das instituições escolares, de saúde, cultura e lazer, situadas no Município de Palmas, para crianças e adolescentes que estejam sob guarda da família adotiva, no período anterior a destituição do pátrio poder familiar.

Para fins desta Lei, considera-se:

I - instituições escolares: as creches e escolas públicas ou particulares; II - instituições de saúde: unidades de saúde públicas ou privadas, bem como consultórios; III - instituições de cultura e lazer: os locais relacionados a atividades culturais

ou de lazer para crianças e adolescentes, tais como clubes, colônias de férias, academias, dentre outros espaços direcionados a estes fins (PALMAS, 2019, p. 6).

O nome afetivo é aquele pelo qual os responsáveis legais pela criança ou adolescente pretendem tornar definitivo quando das alterações da respectiva certidão de nascimento. Os registros de sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de formulários, de prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades descritas nos incisos I, II, e III do parágrafo único do artigo 1º deverão conter o campo de preenchimento "nome afetivo" em destaque, acompanhado do nome civil, que será utilizado apenas para fins administrativos.

O nome afetivo é a designação pela qual a criança ou adolescente é identificada, nos casos em que tiver sido adotada pela família ou em processo de adoção, porém a destituição do poder familiar ainda não ocorreu, entretanto, existindo vontade de modificar o prenome ou sobrenome civil após a guarda ser concedida (PALMAS, 2019).

Outro município a considerar o nome afetivo durante o processo de adoção foi Pedro Afonso, através da lei 23/2019. Esta lei dispõe sobre uso do nome afetivo nos cadastros das instituições escolares, de saúde, cultura e lazer, situadas no Município de Pedro Afonso, Estado do Tocantins. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - instituições escolares: as creches e escolas públicas ou particulares; II - instituições de saúde: unidades de saúde públicas ou privadas, bem como consultórios; III - instituições de cultura e lazer: os locais relacionados a atividades culturais ou de lazer para crianças e adolescentes, tais como clubes, colônias de férias, academias, dentre outros espaços direcionados a estes fins (PEDRO AFONSO, 2019, p. 03).

O nome afetivo é a designação pela qual a pessoa é identificada no âmbito fraternal ou familiar, neste último caso, ainda que em família substitutiva ou adotiva, com ou sem processo de adoção ou de retificação em trâmite, independente de sua vontade de modificar o prenome ou sobrenome civil após a guarda definitiva ser concedida ou retificação judicial.

Considera-se também nome afetivo a utilização de nome substitutivo de nome civil em que este apresenta natureza vexatória. Para fins desta lei, considera-se, ainda, nome afetivo aquele que a criança ou adolescente é identificada por seus



responsáveis, os quais pretendem tornar definitivo quando das alterações da respectiva certidão de nascimento.

Vale citar que no município de Pedro Afonso-TO, qualquer pessoa poderá manifestar o desejo, por escrito, de utilização do seu nome afetivo, que será feita mediante manifestação escrita ou, nos casos de menores de idade, mediante autorização por escrito dos pais ou responsáveis ou, ainda, por decisão judicial, caso não se identifiquem com o nome civil ou este submete à situação vexatória.

Ficando estabelecido assim que, nome afetivo é um direito inerente à personalidade e sua utilização não pode gerar discriminação, estigmatização ou expor a pessoa ao ridículo. Os registros de sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de formulários, de prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades descritas nos itens I, II e III do parágrafo único do artigo 1º deverão conter o campo de preenchimento “nome afetivo” em destaque, acompanhado do nome civil, que será utilizado apenas para fins administrativos. Nos documentos oficiais, será utilizado o nome civil, acompanhado do nome afetivo, havendo requerimento expresso da pessoa interessada.

A justificativa em relação a criação das leis nos respectivos municípios Palmas-TO e Pedro Afonso-TO, foram os relatos de várias mães e pais que adotaram seus filhos (as) e que convivem com esta problemática todos os dias até conseguirem a guarda definitiva. Principalmente a dificuldade em momentos de matrícula e creches e escolas, bem como nos atendimentos em unidades de saúde, visto que são obrigatoriamente registradas a partir do que consta em seu registro civil. Portanto, a inclusão do nome afetivo nessas instituições se torna uma alternativa possível e inclusiva para as crianças e adolescentes.

O nome atribuído à pessoa é um dos principais direitos incluídos na categoria de direitos personalíssimos ou da personalidade. A importância do nome para a pessoa natural situa-se no mesmo plano de seu estado, de sua capacidade civil e dos demais direitos inerentes à personalidade.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É visível que as transformações sociais atingiram diretamente o núcleo familiar, o conceito de família passou por modificações estruturais e de ideais e originou novas concepções da família. As diferentes formas existentes de família que se apresentam na sociedade nos dias atuais sofreram inúmeras modificações ao longo da história, para que se chegasse a esse conceito de família pautada no afeto, advinda muitas vezes através do processo de adoção.

A adoção atribui a condição de filho ao adotado os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. Na hipótese da família natural não poder de forma alguma mais permanecer com a criança ou o adolescente, é o que determina o art. 19, do ECA, que alude que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária.

É evidente que a tramitação do processo de adoção é demorado, nesse sentido, faz-se mister observar as mudanças que o nome do adotante sofrerá, cabendo aqui reforçar a viabilidade do uso do nome afetivo que a família que pleiteia a adoção utiliza, ou seja o nome que o adotante se reconhece, esse aspecto faz parte do direito de personalidade inerente a pessoa humana.

O estudo sobre a temática abordada demonstrou que a nível nacional a matéria sobre a possibilidade do uso do nome afetivo no processo de adoção, tramita no Congresso através do Projeto de Lei do Senado n° 330, de 2018.

Contudo, o Estado do Tocantins, já deu um passo decisivo na possibilidade do uso do nome afetivo durante o processo de adoção, pois já foi estatuído no município de Palmas-TO por meio da Lei 2.480/2019, o outro município da dar essa nova percepção jurídica ao nome afetivo foi o município de Pedro Afonso, através da lei 23/2019.

Vale considerar que, ao sancionar essas leis, os municípios acima estão em consonância com o princípio da dignidade pessoa humana, um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988, garantindo assim o direito de personalidade, pois o adotante com a possibilidade de utilizar seu nome afetivo se sentirá pertencente a família que o adotará. Espera-se, então que o Projeto de Lei do Senado n° 330, de 2018 num futuro breve institua esta prerrogativa jurídica no âmbito nacional.

## 5 REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Joana, . **O impacto da adoção no desenvolvimento da criança**. Revista de psicologia vol.27, n.2. 2013.

BRASIL, **Cadastro Nacional de Adoção**. Diretrizes. [s.d.]. Disponível em: <<http://vilamulher.terra.com.br/cadastro-nacional-de-adoacao-8-1-52-6.html>>. Acesso em: 05 mar. 2020

BRASIL, **Código Civil Brasileiro**. Lei n° 10.406/02. Vademecum. 26° ed. Saraiva: São Paulo, 2018.

BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**: Diretrizes. [s.d.]. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/cna/livreto\\_corrigido.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/cna/livreto_corrigido.pdf) >. Acesso em: 08 mar. 2020.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069/90. Vademecum. 26º ed. Saraiva: São Paulo, 2018.

BRASIL, **Lei nº. 12.0150, de 03 de agosto de 2009**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente, com as alterações posteriores advindas da lei nº. 12.010, de 03 de agosto de 2009. Vademecum. 26º ed. Saraiva: São Paulo, 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 330, de 2018. Altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para permitir a utilização de nome afetivo para crianças em processo de adoção**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133893>. Acesso em maio de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de família. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Projeto de lei prevê uso de nome afetivo no curso de processo de adoção**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7058/Projeto+de+lei+prev%C3%AA+uso+d+e+nome+afetivo+no+curso+de+processo+de+ado%C3%A7%C3%A3o>. acesso em maio de 2020.

PALMAS, TO. **Lei nº 2480 DE 26/06/2019. Dispõe sobre o uso do nome afetivo nos cadastros das instituições escolares, de saúde, cultura e lazer para crianças e adolescentes que estejam sob guarda de família adotiva**. Diário Oficial do Município de Palmas. Disponível em: <http://diariooficial.palmas.to.gov.br/media/diario/2270-26-6-2019-21-11-49.pdf>. Acesso em maio de 2020.

PEDRO AFONSO, TO. **Lei Municipal nº 23/2019. Dispõe sobre o uso do nome afetivo nos cadastros das instituições escolares, de saúde, cultura e lazer, públicas e privadas, no âmbito Municipal, e dá outras providências**. Camara

municipal. Disponível em: [https://cfac84cd-115a-48d3-9a57-f0f128344ef1.filesusr.com/ugd/f82e05\\_8e8dd411246f42e391f169e9abb07dd7.pdf](https://cfac84cd-115a-48d3-9a57-f0f128344ef1.filesusr.com/ugd/f82e05_8e8dd411246f42e391f169e9abb07dd7.pdf). Acesso em maio de 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, F. **Direito Civil: Direito de Família**. 12 ed. São Paulo: Método, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NOTA:

[1] Especialista em Direito civil e advogada. Professora do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo – FASEC. [profkellynogueira@gmail.com](mailto:profkellynogueira@gmail.com)>

## AS ALTERAÇÕES NA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE 13.869/2019 NO ÂMBITO DA POLÍCIA: AVANÇOS E RETROCESSOS

**LUZIRENE AZEVEDO RODRIGUES:**

Bacharelanda do curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC. Graduada em Pedagogia com Habilitação em Orientação Educacional, Pós Graduada em Psicopedagogia Clínica e Institucional, com MBA em Comunicação Empresarial e Marketing.

**ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO<sup>[1]</sup>**

(orientador)

**RESUMO:** O estudo a seguir tem como proposição apontar as alterações advindas com a nova lei de abuso de autoridade. A lei substituída por esse novo dispositivo legal datava do ano de 1965, conseqüentemente encontrava defasada e numa perspectiva simbolista. Foi importante trazer uma abordagem histórica da lei de abuso de autoridade estabelecidas outrora na Constituição de 1824, na Constituição de 1891, na Constituição de 1934, na Constituição de 1946 e na Constituição de 1967. A Lei 4.898 de 09 de dezembro de 1965 foi a última lei que precedeu a lei 13.869/2019. Para referendar e embasar este estudo, foi realizada uma pesquisa minuciosa em doutrinas, textos legais e pareceres de alguns representantes de órgãos jurídicos. Este artigo buscou elencar os reflexos corporativistas das entidades representativas de agentes públicos, a luz da nova lei de abuso de autoridade no âmbito da polícia civil empenha-se ainda em abordar os avanços e retrocessos que afetam a atividade policial após a vigência desta lei.

**PALAVRAS-CHAVE:** Abuso. Polícia. Autoridade.

**ABSTRACT:** The following study proposes to point out the changes that came with the new law of abuse of authority. The law replaced by this new legal provision dated 1965, consequently it was out of date and in a symbolist perspective. It was important to bring a historical approach to the abuse of authority law established in the 1824 Constitution, the 1891 Constitution, the 1934 Constitution, the 1946 Constitution and the 1967 Constitution. Law 4,898 of December 9, 1965 was the last law that preceded law 13,869 / 2019. In order to endorse and support this study, a thorough research was carried out on doctrines, legal texts and opinions of some representatives of legal bodies. This article sought to list the corporatist reflexes of the entities representing public agents, in the light of the new law of abuse of authority within the scope of

the civil police, it also endeavors to address the advances and setbacks that affect police activity after the validity of this law.

**KEYWORDS:** Abuse. Police. Authority.

## 1 INTRODUÇÃO

O crime de abuso de autoridade, cujas condutas encontravam-se tipificadas na Lei nº 4.898/65, foi substituída em 2019 com vigência em 2020 por um novo dispositivo legal, a nova lei de abuso de autoridade Lei n. 13.869/2019.

Observa-se ainda que nos âmbitos penal e processual penal, com maior razão, a primazia dos princípios precisa ser respeitada, vez que se lida, diretamente, com a liberdade individual e, indiretamente, com vários outros direitos fundamentais.

O crime de abuso de autoridade, cujas condutas encontram tipificação na Lei 13.869/2019, consistem na violação aos direitos e garantias fundamentais, notadamente de natureza individual, que a doutrina classifica como direitos fundamentais.

O abuso de autoridade é considerado o uso ilegítimo, é usar mal, no caso, a autoridade que possui, seja de natureza particular ou pública, dessa forma, as penas da nova Lei de Abuso de Autoridade serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativas cabíveis

Contudo é importante deixar claro que o para se configurar como abuso de autoridade o dolo deve ser específico expresso, ou seja, "abusa-se" com motivação certa, intencional e pré-definida, inexistindo, no Direito brasileiro, abuso de poder por mera negligência. Assim, para que o crime exista, o agente deve ter a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro.

O primeiro tópico deste estudo tem como objetivo fazer uma explanação histórica da lei de abuso de autoridade até 2019 no Brasil e identificar as mudanças advindas com a lei 13.869/2019 e os reflexos corporativistas das entidades representativas de agentes públicos, posteriormente o tópico seguinte trará uma análise da lei de abuso de autoridade 13.869/2019 no âmbito da polícia e finalmente se elencará os tipos penais que afetam a atividade policial à luz da Lei n. 13.869/2019 seus avanços ou retrocessos.

O método utilizado nesta abordagem teórica foi o dedutivo através de pesquisa bibliográfica em doutrina que abordam o assunto pesquisado, fazendo uso de conceituações doutrinárias clássicas e modernas sobre institutos do direito que se relacionam com o tema.

## 2. A LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE ATÉ 2019 NO BRASIL



Até o ano de 2019 a lei que regia o abuso de autoridade era a mesma instituída no período da ditadura militar que, de acordo Capez (2011), tinha objetivo meramente simbólico, promocional e demagógico, prevendo apenas penas insignificantes e passíveis de substituição por multa que facilmente eram alcançadas pela prescrição.

Antecedente à edição da Lei 4.898 de 09 de dezembro de 1965, já havia nas constituições brasileiras, a possibilidade de representar contra os abusos das autoridades. Com previsão na Constituição de 1824, na Constituição de 1891, na Constituição de 1934, na Constituição de 1946, na Constituição de 1967 e na Emenda à Constituição de 1969.

Em relação aos artigos que tratavam do abuso de autoridade nas Constituições anterior a Constituição de 1988, traça-se a seguinte recapitulação histórica, *in verbis*:

**Constituição de 1824:** Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte, (...) XXX. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores.;

Na **Constituição de 1891:** Art 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à (...) § 9º - É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados;

**Na Constituição de 1934:** Art 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade);

**Na Constituição de 1946:** Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 37 - É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas.) asseguram a faculdade de representação contra abusos de autoridade.

**A Constituição de 1967,** citava: Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 30 - É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade (PREUSSLER, 2007, p. 05, grifos nossos).

Não obstante, a lei de abuso de autoridade tenha sido produzida durante o regime militar foi até 2019 um dos importantes diplomas legais conservando a sua e aplicabilidade. A Lei nº 4.898 de 1965, dispôs em seus artigos que, constitui abuso de autoridade qualquer atentado contra os direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

Contudo, pode-se verificar que esta lei era de difícil aplicação prática, contendo um texto aberto em alguns de seus artigos, outrora ocupando tão somente um simbolismo de pouca efetividade, como se observa nas palavras de Sabino (2017, p. 13) “[...] a prática de abuso de autoridade tornou-se habitual tanto no âmbito administrativo quanto no exercício da atividade policial, deixando explícita a pouca ou nenhuma efetividade preventiva e punitiva da Lei 4.898/65.

Considerada pouco relevante no ordenamento jurídico, sobretudo, ela reprimia consideravelmente em sua maioria os atentados contra a garantia individual da liberdade, como se observa na explanação a seguir:

[...] é o que ocorre com o art. 3.º da Lei 4.898/65. Não há descrição de nenhuma das condutas previstas no tipo incriminador. Todas elas se referem a meros *atentados*, o que significa, por si só, uma tentativa. Portanto, torna-se inconcebível punir alguém com base numa *tentativa de violação* de liberdade de locomoção, por exemplo, visto redundar em situação completamente aberta, sem limite ou parâmetro, fomentadora de insegurança jurídica visível (NUCCI, 2019, p. 189).

Considerado o art. 5º da Lei 4.898/65, a definição de autoridade para fins desta lei quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração. Assim:

[...] todo agente público, político ou administrativo, exerce poder administrativo, de que resulta a sua autoridade pública, conforme a sua investidura legal e, assim, esfera de competência. A autoridade de um agente político ou administrativo, porém, é prerrogativa da função pública exercida, corresponda essa função a um cargo ou não. A autoridade pública não é privilégio pessoal, pois está inserida nas funções do órgão público a que integra a pessoa física do agente público, tendo a sua autoridade pública reconhecida de acordo com a investidura legal (MADEIRA, 2005, p. 343).

Dessa forma, para aplicar esta lei, se faz necessário que o abuso de autoridade seja praticado no exercício da função pública, pois do contrário o delito será outro que não os previstos na Lei n. 4.898/65. Assim, a responsabilização administrativa do agente público no aspecto disciplinar será apurada por meio de procedimento administrativo próprio, sindicância ou processo disciplinar, conforme o seu Estatuto ou Lei Orgânica, levando em observância que, as esferas administrativa, civil e penal são autônomas, podendo o agente público responder pelas três simultaneamente.

A referida lei menciona que:

[...] o direito de representação será exercido por meio de petição: dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção; b) dirigida ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada. A representação será feita em duas vias e conterà a exposição do fato constitutivo do abuso de autoridade, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e o rol de testemunhas, no máximo de três, se as houver. (BRASIL, 1965)

Vale ressaltar que, o abuso de autoridade se configura também como vazamento das informações por agentes e autoridades do Estado encarregados pelo monitoramento das chamadas telefônicas e escutas que desviarem a sua finalidade, divulgarem trechos fora do contexto geral das comunicações ou derem publicidade indevida, por estar o feito sob segredo de justiça, podem responder por crime de abuso de poder (PLANIOL, 2015).

Na lição de Baltazar Junior (2014), a Lei de Abuso de Autoridade foi editada para incriminar os abusos genéricos ou inominados, uma vez que englobou os crimes cometidos que não estavam previstos no Código Penal ou em leis penais especiais. “[...] Os tipos nela previstos, são abertos objetivamente, e subsidiários aos demais previstos em outras leis que possuem mais especificidade quanto à criminalização da conduta do servidor ou agente público. (BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 789)

Brum (2018), menciona que com a promulgação da Carta Magna de 1988, foram determinadas regras advindas dos princípios e garantias do Estado Democrático que tem por objetivo implementar e efetivar as disposições protetivas quanto ao abuso de autoridade que já estavam presentes nas constituições anteriores.

Com a Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, juntamente a ampla reforma constitucional fora criado o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), órgãos que têm, dentre outras atribuições, coibir o desvio e o abuso de autoridade tanto no Judiciário quanto no Ministério Público, em sede administrativa, podendo aplicar a correspondente sansão.

Na lição de Nucci (2019), o indivíduo somente está protegido contra os abusos do Estado caso possa ter certeza de que as leis penais são aplicáveis para o futuro, a partir de sua criação, não retroagindo para abranger condutas já realizadas. Entretanto, apesar da extinção do período da ditadura militar no Brasil, isso não mudou por completo os métodos de atuação repressiva contra a criminalidade, ou ainda a forma de atuação dos detentores do poder público diante os cidadãos.

## 2.1 LEI 13.869/2019 E OS REFLEXOS CORPORATIVISTAS DAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DE AGENTES PÚBLICOS

Com o advento da Lei de Abuso de Autoridade n. 13.869/19 que possui em sua ementa os crimes de abuso de autoridade com a alteração das respectivas leis: Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), foi possível fazer uma delimitação jurídica mais específica no que tange ao abuso de autoridade (BRASIL, 2019)

As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica, ou seja, “[...] dolo específico, que seria o complemento dessa vontade, adicionada de uma especial finalidade. Essa finalidade específica pode ser expressa no tipo penal incriminador ou pode estar implícita com a finalidade de humilhar” (NUCCI, 2019, p. 546).

São finalidades específicas previstas na lei: prejudicar outrem, beneficiar a si mesmo, beneficiar terceiro, por mero capricho, por satisfação pessoal. Dessa forma fica evidente que, nos crimes de abuso de autoridade, o elemento subjetivo específico é a vontade de abusar da sua autoridade, não existindo a forma culposa (BRASIL, 2019).

É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a: servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas; membros do Poder Legislativo; membros do Poder Executivo; membros do Poder Judiciário; membros do Ministério Público e membros dos tribunais ou conselhos de contas, conforme previsão expressa na Lei.

Conforme Bandeira de Mello (2014), agente público é uma expressão genérica que abrange todas as pessoas que exercem função estatal. São as pessoas que atuam em nome do poder público, ressalta-se que:

[...] Eles não atuam em nome deles mesmos, nem devem agir em nome de um poder privado, de empresa, grupo ou pessoa, e podem ser classificados em três categorias básicas: os agentes políticos, os servidores públicos e os particulares em colaboração com o poder público (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 67).

Reputa-se que agente público, para os efeitos da Lei 13.869/2019 é todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade (BRASIL, 2019).

O arcabouço da nova lei deixa claro um grande rol de agentes estatais e não omite que vários tipos penais da nova lei de abuso de autoridade concentram-se em atribuições legais das instituições de polícia judiciária, como já ocorria na Lei nº 4.898/1965 outrora revogada, no entanto também abrange as infrações penais que afetam outros agentes públicos, notadamente do Poder Judiciário (LESSA, 2020).

Greco (2019, p.199), cita que "abuso é o uso ilegítimo, é usar mal, no caso, a autoridade que possui, seja de natureza particular ou pública", dessa forma, as penas da nova Lei de Abuso de Autoridade serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativas cabíveis (Lei nº 13.869/19, art. 6º).

Convém ressaltar que, a punição de condutas criminalizadas, por si só, independe do julgamento civil ou administrativo, vide:

[...] as responsabilidades civil e administrativa, conquanto independam da criminal, não se podem mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando tais questões tenham sido decididas no juízo criminal. Se tratando da coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo-disciplinar, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito, em consonância com o artigo 8º da Lei nº 13.869/19, que acompanha a disciplina do artigo 65 do Código de Processo Penal (LESSA, 2020, p. 28).

Ainda pra Lessa (2020), se no processo penal, o agente estatal for absolvido por inexistência do abuso, por falta de prova da existência do abuso, por falta de prova de que o agente concorreu para o abuso, por excludente de antijuridicidade, por erro de fato ou erro de proibição, a sentença criminal repercutirá integralmente no âmbito funcional.

É importante ressaltar que, o foco principal da nova Lei foi a atuação de policiais, representantes do Ministério Público e magistrados, inclusive no plano colegiado; além do tipo penal aberto de violação às prerrogativas dos advogados (MARQUES, 2019).

Marques (2019, p. 02), cita que a nova Lei de Abuso de autoridade “não foi muito bem construída e traz zonas nebulosas de ausência de taxatividade”. Essa carência de taxatividade poderá, em tese, na prática, dificultar o trabalho da persecução penal para investigar, processar e punir os agentes públicos, ou seja, a Polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário terão muita dificuldade para atuar frente aos novos crimes.

O uso exorbitante da competência funcional, coberto pelos defeitos da intencionalidade, traduz, sem dúvida, a extrapolação das atribuições cometidas ao agente público. Macula o princípio constitucional da proporcionalidade por derivar de um ato discricionário, ou mesmo arbitrário de conteúdo ilícito, que se pretende substituir pela possibilidade do direito de ação (NASCIMENTO, 2017).

### **3. LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE 13.869/2019 NO ÂMBITO DA POLÍCIA**



Atualmente, a Lei 13.869/2019 revogou a Lei 4.898/65, ao tratar da matéria do abuso de autoridade no âmbito policial, a lei 13.869/19 em consonância com o dispositivo Constitucional determina que:

[...] o agente, ao executar a prisão, identifique-se, assim como quem conduzir o interrogatório (art. 5º, LXIV). Por questão absolutamente natural, surge o tipo penal incriminador: “art. 16. Deixar de identificar-se ou identificar-se falsamente ao preso por ocasião de sua captura ou quando deva fazê-lo durante sua detenção ou prisão: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, como responsável por interrogatório em sede de procedimento investigatório de infração penal, deixa de identificar-se ao preso ou atribui a si mesmo falsa identidade, cargo ou função”. O tipo penal encontra-se em perfeita harmonia com a norma constitucional (NUCCI, 2020, *ON-LINE*).

Mezacasa (2020, p. 18), assim resumiu as condutas definidas como abuso de autoridade, que para fins desse estudo, pode se aplicar ao contexto da polícia:

Não se identificar como policial durante um interrogatório; Interrogar à noite (exceções: flagrante ou consentimento); Impedir encontro do preso com seu advogado; Impedir que preso, réu ou investigado tenha seu advogado presente durante uma audiência e se comunique com ele; Atribuir culpa publicamente antes de formalizar uma acusação; Decretar prisão fora das hipóteses legais; Decretar a condução coercitiva sem intimação prévia; Constranger um preso a se exhibir para a curiosidade pública; Constranger um preso a se submeter a situação vexatória; Constranger o preso a produzir provas contra si ou contra outros; Constranger a depor a pessoa que tem dever funcional de sigilo; Insistir em interrogatório de quem optou por se manter calado; Coagir alguém a franquear acesso a um imóvel; Cumprir mandado de busca e apreensão entre 21h e 5h.

Um ponto considerado complexo é a abordagem policial que por vezes é considerada como tratamento coercitivo. Nas considerações de Castro (2020), a condução coercitiva consiste em levar alguém, compulsoriamente, à presença de determinada autoridade. Consequentemente, por limitar a liberdade de locomoção,

a pessoa é conduzida independentemente de sua vontade, a medida deve ser utilizada com cautela e apenas quando imprescindível.

Contudo, está estabelecido no Código Processo Penal que é possível a condução coercitiva quando, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado ao lugar determinado pela autoridade competente, a saber: “[...] se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença (BRASIL, 2008). Contudo, a norma já havia sido suspensa por ocasião da ADPF395 e 444, sendo considerada ilegal a condução do acusado nestes casos.

Em relação ao constrangimento, no contexto da abordagem, cabe aqui transcrever as palavras de De Plácido e Silva:

[...] o constrangimento se revela uma violência ou ato de força, porque não assiste ao constrangedor qualquer direito ou autoridade para obrigar a outrem que pratique ou deixe de praticar certo ato, o constrangimento é ilegal, correspondendo a coação. É vício que o anula desde que resultou de consentimento não livremente obtido. O constrangimento ilegal sempre se apresenta como a força ou violência irresistível, capaz de aniquilar a vontade do agente contra quem é exercida (SILVA, 2012, p. 06).

Mezacasa (2020), é taxativo ao afirmar que a lei de abuso de autoridade criou um clima de desconforto e insegurança nos Agentes Públicos que entenderam que essa Lei é um ataque dos Parlamentares ao Judiciário, criminalizando suas condutas, como forma de represália em relação aos desfechos das investigações da Operação denominada “Lava Jato”, intimidando e engessando as ações executadas pelos inerentes agentes.

Ainda para o autor acima citado os conceitos abertos e subjetivos deixou carente a aplicação da lei, criando um campo fecundo para a punição dos Agentes Públicos. Assim, o magistrado que optar consecutivamente pela liberdade não correrá temeridade, sendo a sociedade a maior prejudicada e os criminosos os maiores favorecidos, que festejam os novos ares de impunidade (MEZACASA, 2020).

Não cabe aqui tecer comentários sobre a efetividade da lei, pois o seu decurso de vigência ainda não fornece informações precisas de que o agente público sofrerá punições e a criminalidade será favorecida. Pretendeu-se com este tópico apenas trazer a luz alguns pontos divergentes apontados por doutrinas jurídicas e a

seguir será demonstrar a tipificação penal que afeta a atividade penal à luz da Lei n. 869/2019.

### 3.1 OS TIPOS PENAIIS QUE AFETAM A ATIVIDADE POLICIAL À LUZ DA LEI N. 13.869/2019: AVANÇOS OU RETROCESSOS?

Com já preceituado anteriormente, a lei n. 13.869/2019 definiu os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído. Ademais, as condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

Para Aydos (2020), exige-se dolo específico expresso, inexistindo a figura da culpa. Ou seja, “abusa-se” com motivação certa, intencional e pré-definida, inexistindo, no Direito brasileiro, abuso de poder por mera negligência. Assim, para que o crime exista, o agente deve ter a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, prejudicar nesse contexto significa causar dano ou prejuízo e beneficiar remete a favorecer-se.

Sobre a tipologia penal concernente a atividade policial, a lei trouxe artigos que estabelecem além do tipo penal a pena para quem o comete. De início o artigo art. 10 traz a baila sobre a tipificação da condução coercitiva, de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Muito embora cogitável a possibilidade de condução coercitiva do *investigado* até a presença da autoridade policial com vistas à sua oitiva (por força do disposto no art. 260 do CPP), não há dúvida a respeito da inconstitucionalidade desse dispositivo, visto não se encontrar o increpado obrigado a colaborar com as diligências em seu desfavor, conforme expressamente definido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADPF 395 e 444.

Se o investigado pode se manter calado, não tem sentido lógico e coerência sistêmica a interpretação que permite sua condução coercitiva até a presença da autoridade policial, pois sua recusa manifestada mediante ausência inicialmente evidenciada deve ser interpretada como clara opção pelo silêncio (MARCAO, 2019).

O art. 12, estabelece que, deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Aydos (2020) informa que, para assegurar o direito, a comunicação à família deve ser feita imediatamente à prisão, mas não imediatamente à apreensão física. Porque a família do preso deve receber a notícia de dois fatos, o segundo é o lugar onde está recolhido.

O art. 13 determina que constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a: I - exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública; II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei; III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

Na definição de Nucci (2020), constranger (forçar alguém a fazer alguma coisa ou tolher seus movimentos para que deixe de fazer) alguém, mediante violência (agressão física) ou grave ameaça (violência moral), ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência (denominada violência imprópria, que, destarte, é forma de violência como outra qualquer, pois impede que a vítima resista à agressão), a não fazer o que a lei permite (coíbe diretamente a liberdade) ou a fazer o que ela não manda (é o efetivo constrangimento a agir ilicitamente).

Os artigos 15 e 16 respectivamente, trazem a seguinte redação:

Art. 15. Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 16. Deixar de identificar-se ou identificar-se falsamente ao preso por ocasião de sua captura ou quando deva fazê-lo durante sua detenção ou prisão: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa (BRASIL, 2019)

Lessa (2020), informa que se consagra o comando do inciso LXIV do artigo 5º da Constituição Federal, o qual dispõe que o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua captura ou por seu interrogatório policial. A nova lei estabelece que o condutor se identifique ao sujeito abordado por ocasião da captura ou quando deva fazê-lo durante sua detenção ou prisão. Identificar-se falsamente, por óbvio, também é considerado crime. Ou seja, em tese, a identificação deve ser feita de pronto, pelo agente estatal que executou a custódia.

O Art. 18 informa que, submeter o preso a interrogatório policial durante o período de repouso noturno, salvo se capturado em flagrante delito ou se ele, devidamente assistido, consentir em prestar declarações: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Ademais, impedir ou retardar, injustificadamente, o envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para a apreciação da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa (LEI 13.869/2019. Art. 19).

É proibido manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem mantém, na mesma cela, criança ou adolescente na companhia de maior de idade ou em ambiente inadequado, observado o disposto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) (LEI 13.869/2019. Art. 21).

Ainda no rol das tipificações penais, a lei aduz em seus artigos 22 e 23 o seguinte texto:

Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Art. 23. Inovar artificialmente, no curso de diligência, de investigação ou de processo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir-se de responsabilidade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa (BRASIL, 2019).

Nas considerações de Nucci (2020), invadir é um verbo de conteúdo normativo, significando algo ilícito, pois representa a entrada à força em lugar alheio. O art. 5.º, XI, da CF é expresso ao autorizar o ingresso na casa de alguém, durante a noite, somente quando houver flagrante delito, o que não abrangeria a hipótese de iminência de cometimento de crime.

As situações de flagrante são claras: estar cometendo a infração penal; ter acabado de cometê-la; ser perseguido, logo após o cometimento do crime, pela autoridade ou outra pessoa, em situação de presunção de autoria; ser encontrado logo depois do cometimento do delito com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir a autoria (art. 302 do CPP). Temos ainda os crimes permanentes, que mantêm o acusado em situação de flagrante enquanto permanecer a realização do tipo permanente, nos termos do art. 303 do CPP.

Logo, não se pode invadir o domicílio de alguém, à noite, para impedir um crime que está prestes a ocorrer. Entretanto, se houver vítima individualizada – o que pode não ocorrer em todos os tipos de delito necessitando ela de socorro, pode valer-se o agente do dispositivo, quando invadir o domicílio a fim de prestar socorro, inserindo-se, portanto, na norma constitucional (art. 5.º, XI, que menciona a situação de “prestar socorro”). É possível ainda o ingresso quando ali dentro se perpetra um crime permanente, por exemplo o tráfico de drogas na modalidade guardar consigo ou outros verbos.

Por conseguinte, constranger, sob violência ou grave ameaça, funcionário ou empregado de instituição hospitalar pública ou privada a admitir para tratamento pessoa cujo óbito já tenha ocorrido, com o fim de alterar local ou momento de crime, prejudicando sua apuração: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência (LEI 13.869/2019. Art. 24).

Constranger nesse sentido é tolher a liberdade ou coagir trabalhador, valendo-se de violência ou grave ameaça, para que faça o que a lei não manda ou deixe de fazer o que a lei permite. O constrangimento pode desenvolver a forma simples e também a qualificada (NUCCI, 2020).

Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa (LEI 13.869/2019. Art. 25). Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude. Ainda, requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa (LEI 13.869/2019. Art. 27). Vale considerar que para efeitos desta lei, não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.

É importante trazer a baila, principalmente o artigo 28, foco de muitas divergências atualmente no âmbito jurídico, "art. 28. Divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Para Lessa (2020), divulgar difere de levantar sigilo. Divulgar, de maneira deliberada, significa propagar o conteúdo sem relação com a prova que se pretenda produzir (tipo objetivo). Já o levantamento do sigilo objetiva como regra proporcionar a defesa do sujeito investigado ou acusado. Trata-se de crime doloso, que exige especial finalidade de agir, consubstanciada na exposição da intimidade ou da vida privada ou na ofensa à honra ou à imagem do investigado ou acusado.

Ademais,

prestar informação falsa sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo com o fim de prejudicar interesse de investigado: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de



forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado. (BRASIL, 2019).

Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa (LEI 13.869/2019. Art. 32).

Finalmente o art. 33 estabelece que exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem expresso amparo legal: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Incorre na mesma pena quem se utiliza de cargo ou função pública ou invoca a condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido.

Um tipo penal semelhante é o tratado no art. 146 do Código Penal, em que constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.

Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência. Não se compreendem na disposição deste artigo: a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; a coação exercida para impedir suicídio.

Nessa percepção segundo Bezerra (2019), vislumbra-se a uma polarização da política jurídica nacional. De um lado, alguns magistrados, promotores e policiais se contrapõem à novel Lei, alegando cerceamento de suas atividades profissionais. De outro, profissionais do direito já vivenciam a atualização e aprimoramento da antiga Lei de 1965, deixando claro o benefício desse dispositivo legal para a cidadania, assim:

[...] diante de uma reflexão mais aprofundada sobre o tema, soa ingênuo apostarmos que mais uma medida simbólica, como tantas outras, seria capaz de mudar esse déficit democrático do nosso sistema de Justiça. A reforma processual capaz de retirar das autoridades judiciárias poderes absolutos e instituir, finalmente, o sistema acusatório no processo penal brasileiro, retirando sua matriz inquisitorial, perpassa por questões mais complexas e a mudança de toda uma cultura jurídica (BEZERRA, 2019, p. 1).

O delineamento acima ora demonstrou a notável preocupação do legislador em atualizar a defasada Lei de Abuso de Autoridade, que é de 1965. A antiga lei, editada durante a Ditadura Civil-Militar brasileira, vem sendo criticada desde o início, eis que se voltava, na verdade, à proteção de autoridades que incorressem em abuso, mediante a cominação de penas muito inferiores àquelas cominadas a fatos semelhantes praticados por particulares.

## CONCLUSÃO

Até o ano de 2019 foi a lei 4.898/65, que disciplinou, integralmente, os crimes de abuso de autoridade. Assim, a violência praticada no exercício da função ou a pretexto de exercê-la deve encaixar-se em uma das figuras previstas na referida lei.

O agente público, servidor ou não, mas que no exercício das suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído, consoante disposto em seu artigo 1º.

Aqui pretendeu-se fazer uma explanação jurídica dos tipos penais relacionados ao âmbito da polícia. São sujeitos ativos dos novos delitos de abuso de autoridade quaisquer agentes públicos, servidores ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando, conforme elencado no artigo 2º do novel diploma: servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas; membros do Poder Legislativo; membros do Poder Executivo; membros do Poder Judiciário; membros do Ministério Público; membros dos tribunais ou conselhos de contas.

Ademais, um dos pontos de embate é o fato da Lei de Abuso de Autoridade não criminalizar diretamente algumas condutas imbuídas de violência, sobretudo física ou psicológica, antes punidas pela revogada Lei nº 4.898/1965, as quais permanecem objeto de outras infrações penais, sobretudo do Código Penal.

É mister destacar que, a nova lei de abuso de autoridade trouxe muitas reflexões no meio jurídico e em alguns contextos não foi muito bem aceita, contudo, devido a sua vigência recente ainda é impossível afirmar se esse diploma legal trará avanços ou retrocessos.

## REFERÊNCIAS CONSULTADAS

ANDREUCCI, Antonio Ricardo. **O Crime de Abuso de Autoridade e Sua Tríplice Responsabilização**. Jornal Fatos Jurídicos. 14 ed. ano II. outubro/2014.

AYDOS, Marco. Prisão em flagrante: Uma comunicação ou duas? (Reforma do Processo Penal, Juiz de Garantias e seus Efeitos Perversos: Estudo de Caso).

Disponível

em: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista\\_2010/2010/aprovados/2010a\\_Dir\\_Penl\\_Aydos.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2010/2010/aprovados/2010a_Dir_Penl_Aydos.pdf). Acesso em maio de 2020.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BEZERRA, André Augusto Salvador. Nova lei de abuso de autoridade e democratização do sistema de justiça criminal. **Caderno de Jurisprudência**. Ano 27 - n° 323 - Outubro/2019. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Boletim-IBCCRIM\\_n.323.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Boletim-IBCCRIM_n.323.pdf). Acesso em maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. **Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm). Acesso em maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. **Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=A53F67F19A81EAEB7C21C84C28759B7F.proposicoesWebExterno1?codteor=337795&filename=LegislacaoCitada+-PL+5858/2005](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A53F67F19A81EAEB7C21C84C28759B7F.proposicoesWebExterno1?codteor=337795&filename=LegislacaoCitada+-PL+5858/2005). Acesso em maio de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Leonardo. **Nova Lei de Abuso de Autoridade Comentada (Lei nº 13.869/19)**. Disponível em: <https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/826819591/nova-lei-de-abuso-de-autoridade-comentada-lei-n-13869-19>. Acesso em maio de 2020.

FERREIRA, Cristiane Caetano Simões; DIAS, Ricardo Ferreira. **Abuso de autoridade: das necessárias mudanças da lei**. In: TOLEDO, Armando (Coord.). **Direito Penal – Reinterpretação à luz da Constituição: Questões polêmicas**. São Paulo: Elsevier, 2009.

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. **Abuso de autoridade**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LESSA, Marcelo de Lima; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; GIUDICE, Benedito Ignácio. **Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019): diretrizes de atuação de Polícia Judiciária**. São Paulo: Academia de Polícia "Dr. Coriolano Nogueira

Cobra", 2020.

MADEIRA, José Maria et al. **O abuso do poder do Estado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MARQUES, Ivan. **A nova lei de abuso de autoridade. Lei 13.869/2019 – Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

MEZACASA Douglas Santos. A lei 13.869/2019 e a atuação receosa das autoridades públicas. Ponta Grossa, PR: Atena, 2020. Disponível em: <https://www.finersistemas.com/atenaeditora/index.php/admin/api/artigoPDF/33081>. Acesso em maio de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**. São Paulo: MÉTODO, 2019.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2019.

NOTA:

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Especialista em Ciências Criminais. Pós-graduado em Direito Administrativo. Graduado em Direito e ainda em Comunicação Social. Todos os cursos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Delegado de Polícia Civil no Tocantins. Escritor e organizador de obras jurídicas diversas e artigos. [ewalcacer@gmail.com](mailto:ewalcacer@gmail.com)

## RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MUNICÍPIOS EM RAZÃO DE DANOS AMBIENTAIS, NO ÂMBITO RURAL, ORIUNDAS DE QUEIMADAS

**THATIANY LEMES MIRANDA:**

Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade Católica do Tocantins (UniCatólica).

**ANTÔNIO CÉSAR MELLO<sup>[1]</sup>**

(orientador)

**RESUMO:** A reflexão acerca do objeto de pesquisa que trata sobre a Responsabilidade Civil sobre dos Municípios em razão de Danos Ambientais, no âmbito Rural, Oriundas de Queimadas, apresentará um estudo sobre quais interferências foram trazidas pela Lei 6938/81, que foi recepcionada pela (PNMA) Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, conforme disposto no dispositivo do artigo 225, § 1º, incisos IV e V da Constituição da República Federativa do Brasil, que fazem um do estudo de impacto ambiental ,com as previsões e quanto à sua necessidade quando dispõe que “para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”, buscando dar maior concretude e abrangência à Lei a qual fazemos referência entende que preservar o meio ambiente é indispensável para todos os seres vivos.

**PALAVRAS - CHAVE:** Responsabilidade Civil, Queimadas, Lei 6938/81

**ABSTRACT:** The reflection on the research object that deals with Civil Liability on Municipalities due to Environmental Damage, in the Rural scope, originating from Queimadas, will present a study on what interferences were brought by Law 6938/81, which was received by (PNMA ) Law of the National Environment Policy, as provided in the provision of article 225, paragraph 1, items IV and V of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, which make one of the environmental impact study, with the forecasts and regarding its need when provides that “for the installation of a work or activity potentially causing significant degradation of the environment”, seeking to give greater concreteness and scope to the Law to which we refer, it is understood that preserving the environment is indispensable for all living beings.

**KEYWORDS:** Civil Liability, Burnings, Law 6938/81

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Meio Ambiente Como Direito Fundamental. 3. Danos Ambientais Decorrentes de Queimadas. 4. Princípios Basilares do Direito Ambiental.

4.1. Princípio da Prevenção. 4.2 Princípio da Precaução. 4.3 Princípio do Desenvolvimento Sustentável. 4.4. Princípio da Participação. 4.5. Princípio do

Poluidor-Pagador. 5. Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais. 6. Considerações Finais. Referências Bibliográficas

## **1. INTRODUÇÃO**

Há humanidade despertou, todos estão preocupadas com a conjuntura atual com que se encontra a situação do meio ambiente, e garantir a sua preservação é uma prioridade emergente. O ser humano distraído com o imediatismo acabou esquecendo de preservar o ambiente que habita, desta maneira se omite se desobrigando da responsabilidade de defender os recursos naturais.

Com o intuito de responder este questionamento, realizou se uma pesquisa que utiliza se do método dedutivo onde já tem uma organização de pensamentos científicos, que inicia se com argumentos gerais e conclui se com argumentos particulares, do conhecido para o desconhecido sem desmerecer o conteúdo já analisado.

As queimadas são mais frequentes no verão, especialmente no clima onde o cerrado predomina, onde estão localizados os estados do norte e nordeste do Brasil. Onde frequentemente ocorre no mês de agosto, o que podemos perceber que o público que vê a fumaça, que por inúmeras vezes, se torna persistente nesses meses e invade as cidades impedindo o trânsito, não imagina o que está acontecendo por trás de tanta fumaça, um estrago imensurável tanto ao meio ambiente, fauna e flora, como também ao homem.

Constatou se que não é fácil prever a devastação que esta relacionada aos crimes ambiental que ocorrem por causa das queimadas quando se trata da responsabilidade civil do agente causador do dano, não se tem aqui o intuito de esgotar a discussão, o que realmente pretende se com este estudo é colaborar com a questão em análise para despertar nas pessoas a consciência coletiva, onde todos são responsáveis pelos danos causados pelas queimadas e todos têm o dever de cuidar, e denunciar qualquer dano ambiental.

Os seres em sua fragilidade só conseguem sobreviver porque estão diretamente ligados a natureza, sua sobrevivência depende diretamente do bem estar da natureza. Ademais, a Responsabilidade Civil sobre os Municípios em consequência de Danos Ambientais, no âmbito Rural, Oriundas de Queimadas, devem ser analisado porque o município deve intervir através de responsabilidade civil, para que seja garantidos os direitos do meio ambiente.

O artigo em questão foi realizado utilizando se do arrolamento de diversas bibliografias, doutrinas e também com análise de jurisprudências que estão



relacionados aos danos ambientais que geralmente é ocasionado por queimadas, assim é que o direito como garantidor do cumprimento das leis, como um direito fundamental baseado nos princípios basilares do direito ambiental deve ser convocado a agir em benefício do meio ambiente.

Para desenvolvimento desta pesquisa utilizou-se a exploratória, por meio de material existente que subsidiasse com dados atuais sobre assuntos como: Danos Ambientais Decorrentes de Queimadas, Meio Ambiente Como Direito Fundamental, Princípios Basilares do Direito Ambiental que são: Princípio da Prevenção, Princípio da Precaução, Princípio do Desenvolvimento Sustentável, Princípio da Participação, Princípio do Poluidor-pagador, Responsabilidade Civil por Danos Ambientais, Dano Ambiental, Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais. Abordou de forma qualitativa o objeto da pesquisa, em razão da necessidade de se verificar o conhecimento e a percepção em relação ao objeto, a fim de, explanar a proposta na problemática da pesquisa.

## **2. MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Através de pesquisas percebeu que foi somente na metade do ano de 1972 que de fato o meio ambiente foi reconhecido, foi neste mesmo ano onde foi realizado a Conferência das Nações Unidas (ONU), onde tratava sobre o tema citado, especificamente na cidade de Estocolmo, onde originou se o Programa que fazia alusão especificamente sobre o meio ambiente como um direito fundamental.

Como podemos perceber que mesmo antes do prelúdio da Constituição Federal em 1988, já havia o Código Florestal (Lei n.º 4.771 de 15 de setembro de 1965) que foi completamente recepcionado pela Constituição em vigor.

Por saber que a proteção em relação aos bens ambientais se destaca por ser uma das formas que se utilizou como uma garantia dos direitos garantidos e a sua conservação que trata sobre a evolução humana, é por isto que a Constituição Federal de 1988, consta no caput do artigo 225, quando diz que o meio ambiente precisa ser defendido para que as futuras gerações também tenham acesso a um ambiente sadio.

Como resultado das diversas discussões que foram levantadas na conferência mencionada, também foram elaborados um conjunto com cerca de 26 princípios que estão elencadas na “Declaração de Estocolmo”, onde foram analisados e por consequência foram enfatizados os dois primeiros princípios com a pretensão que sejam todos os direitos garantidos, veja-se:

1 – O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. 2 – Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada. (BRASIL, 1972).

Como podemos observar em relação ao direito quando direcionado ao meio ambiente como sendo um direito fundamental, mesmo estando disposto na Constituição Federal, onde diz que qualquer pessoa que pretenda propor uma ação judicial poderá entrar com uma ação judicial basta para tanto que tenha interesse e pretensão da defesa esteja relacionada ao meio ambiente.

Coleciona Anderson Furlan e William Fracalossi (2010, p. 57), quando advertem que:

Reconhecer o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental implica, além da impostergável obrigatoriedade de o Estado garanti-lo a qualquer custo, positiva ou negativamente, a intangibilidade jurídica desse mesmo direito, não podendo ser suprimidos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais a ponto de nulificá-lo ou enfraquecê-lo. (FURLAN e FRACALOSS, 2010, p. 57).

Destarte, a legislação é bem consistente ao tratar com rigor os crimes que são percebidos em desfavor do meio ambiente, são inúmeras as tentativas de sanar esses absurdos, juristas estão empenhados em defender o meio ambiente, com punições severas a quem desrespeitar a lei.

### **3.DANOS AMBIENTAIS DECORRENTES DE QUEIMADAS**

No Brasil, especificamente na Região amazônica as atividades relacionadas ao uso da terra como por exemplo fazer roças, plantios de soja, e outros o desmatamento é um dos meios mais utilizados para "limpar a terra", essas práticas são de tempos remotos, essas práticas são utilizadas quando a pastagens precisa ser

renovada também para fazer o controle de insetos e de produção para expandir a agropecuária.

Em relação às queimadas, independente de quais áreas são afetadas tanto a urbanas quanto a rural, causam impactos tanto sociais quanto ambientais, onde podemos perceber que esses danos que são causados não somente à saúde humana mas também à heterogeneidade biológica e ao clima prejudicando a população em sua totalidade.

Como corrobora Karen dos *Santos* Gonçalves et al. (2012).

As queimadas são caracterizadas entre os principais contribuintes mundiais para a emissão de gases de efeito estufa, a queima de biomassa é uma prática recorrente e antiga no país. As queimadas ocorrem pela queima de biomassa de matéria, de origem vegetal ou animal, utilizada como fonte de energia, gerando como resultado o dióxido de carbono.(GONÇALVES, 2012, p.1523).

Como podemos perceber são inúmeros os danos causados por queimadas, a saúde das pessoas dos animais e dos seres vivos de forma geral, pode ser afetada com os resíduos contidos na fumaça (fuligem), que ficam particulados levando esses seres vivos a uma incapacidade de ter saúde ocasionando a diminuição da capacidade pulmonar e aumento de pessoas com crises asmáticas e outras doenças típicas.

Percebe se que, o enxofre também conhecido pelo nome científico por dióxido de enxofre  $SO_2$ , é expelido através das queimadas, na forma de fumaça que quando inalado, pode interferir na eliminação de bactérias, interferem também no aumento de doenças.

Uma atenção redobrada deve ser dada ao o monóxido de carbono  $CO$ , que ao ser inalado, provoca imediatamente o envenenamento, as moléculas do gás de carbono  $CO$  se misturam com as moléculas de hemoglobina do sangue que impedem que estas realizem o transporte do oxigênio  $O_2$ , o que facilmente acarreta na morte de que o inala.

Neste sentido coleciona Oliveira et al. (2012), quando fala a respeito do assunto:

Queimadas em áreas de cerrado alteram a estrutura da vegetação causando a morte de até 16% de árvores adultas e

de 33% a 100% de indivíduos de espécies arbóreas ainda em desenvolvimento. Vários autores verificaram que queimadas no cerrado diminuíram a diversidade biológica de comunidades vegetais devido principalmente a eliminação de espécies pouco resistentes ao fogo. Já no que se refere aos danos causados à biodiversidade pode-se destacar mudança na estrutura da vegetação e redução da diversidade biológica. (OLIVEIRA ET AL. (2012).

É dispensado na Constituição Federal de 1988 um capítulo completo, tamanha a importância do tema sugerido sobre o Meio Ambiente, sendo inaugurado pelo artigo 225, caput, o qual dispõe que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, para a presente e futuras gerações. (BRASIL 1988).

Destarte, quando tratamos do assunto sobre Danos Ambientais decorrentes de queimadas percebe-se o estrago causado ao meio ambiente que certamente demoraria anos para ser novamente utilizados, as alterações no clima e a degradação dos recursos naturais são absurdamente abusivas. O desrespeito à legislação é constatado através do que podemos observar pelos canais de televisão e através dos canais digitais.

#### **4. PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO AMBIENTAL**

Quando o enfoque são os princípios básicos é fundamental a sua apreciação, quando falamos dos princípios basilares, ou seja dos princípios básicos estes princípios são deveras primordiais e funcionam como um suporte a um específico tipo de Direito.

Conforme cita Édis Milaré 2013, ao tratar o Direito como sendo um princípio, que:

O Direito, como ciência humana e social, pauta-se também pelos postulados da Filosofia das Ciências, entre os quais está a necessidade de princípios constitutivos para que a ciência possa ser considerada autônoma, ou seja, suficientemente desenvolvida e adulta para existir por si e situando-se num contexto científico dado. Foi por essas vias

que, do tronco de velhas e tradicionais ciências, surgiram outras afins, como rebentos que enriquecem a família; tais como filhos, crescem e adquirem autonomia sem, contudo, perder os vínculos com a ciência mãe. (MILARÉ, 2013, P. 256).

Diante do mencionado, sobre os princípios basilares, podemos perceber a sua importância, o que se percebe depois de estudar sobre o assunto que os princípios e o direito devem andar de "mãos dadas". Ao falarmos sobre os princípios básicos e fundamentais podemos dizer que estes princípios são institutos que servem como amparo das normas tendo como finalidade nortear a aplicação das leis. Desta forma iremos abordar cada princípio abaixo, com suas respectivas características para termos uma noção de como funciona cada princípio.

#### 4.1 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

Por este princípio entende-se que a prevenção é um dos atos mais sensatos que deve ser tomado antes que ocorra o dano, ou mesmo que se inicie, evitando que se prossiga ou com a tentativa de suprimi-lo.

Conforme cita a autora Denise Hammerschmidt 2013, sobre o assunto que discorre sobre o princípio da prevenção, coleciona que:

(...) a prevenção atua no sentido de inibir o risco de dano potencial, ou seja, procura-se evitar que uma atividade sabidamente perigosa venha a produzir os efeitos indesejáveis. O princípio da precaução, em contrapartida, atua para inibir o risco de perigo potencial, qual seja o risco de que determinado comportamento ou atividade seja daquelas que podem ser perigosas. (HAMMERSCHMIDT 2002, p. 112).

Como podemos perceber com a propositura em que as Leis foram constituídas, em relação aos princípios da prevenção é que o mesmo é considerado indispensável quando trata-se da proteção do meio ambiente, ou seja este princípio determina apenas que não seja produzido efeitos lesivos, quando estes já são conhecidos.

#### 4.2 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Este princípio está diretamente interligado ao meio ambiente, ao buscar a sua proteção a sua segurança e a sua total integridade. Ao abordarmos aqui sobre este princípio podemos elencar que mesmo apesar das existindo diversas de vários autores a respeito do assunto quando fala que quando se toma precaução em

relação ao perigo, o mesmo poderá ser evitado e mesmo que o dano já tenha acontecido é necessário que se faça a precaução para que não ocorra novamente.

Como corrobora Wilson Engelmann; Viviane Saraiva Machado, quando leciona que:

O princípio da Precaução é mais do que apenas um princípio, mas será um espaço para onde deverão convergir as atenções de todos aqueles que estiverem seriamente comprometidos com a saúde das gerações, sejam as atuais ou as futuras . É exatamente nesse panorama de incertezas, inseguranças e novidades que se sedimenta o Princípio da Precaução, com a missão de manter uma vida sustentável no planeta, com foco nos Direitos (dos) Humanos, no direito (fundamental) ao meio ambiente saudável, na dignidade, na ética e na equidade Inter gerencial. (ENGELMANN; MACHADO, 2013, p. 28-15)

A conferência de Estocolmo que aconteceu em 1972, que serviu como um divisor de águas para este princípio que estamos observando e especificamente neste tópico, ganhou grande destaque, sendo chamado de um megaprincípio, uma categoria bem elevada, é o que diz:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (ONU, 2013).

E com preocupação que os novos riscos a que são expostos o meio ambiente são encarados em relação a sua segurança. Quando se trata do meio ambiente se fala de sua preservação, é neste sentido que este princípio ao falar de meio ambiente busca a sua proteção a sua segurança e a sua total integridade.

#### 4.3 PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Este princípio tem como foco a conservação e a reprodução dos alicerces fazendo uma ligação entre o homem e as atividades desenvolvidas por ele, onde a relação harmônica entre os homens e os recursos naturais é recíproca, desta forma cria se um alicerce para que as futuras gerações tenham a oportunidade de desfrutar dos recursos que estão disponíveis hoje.



Conforme cita Celso Antônio Pacheco Fiorillo 2012:

A terminologia empregada a este princípio surgiu, inicialmente, na Conferência Mundial de Meio Ambiente, realizada, em 1972, em Estocolmo e repetida nas demais conferências sobre o meio ambiente, em especial na ECO-92, a qual empregou o termo em onze de seus vinte e sete princípios.( FIORILLO 2012, P. 86).

Tal princípio se encontra no caput do artigo 225, da Carta Maior, onde estabelece a harmonia entre a efetividade econômica com a preservação ambiental, como sendo estes o tripé, quais sejam o desenvolvimento da economia a sustentabilidade do meio ambiente e também o bem estar social, sendo estes os instrumentos que agregam a sustentabilidade.

É com esse raciocínio que a Comissão Mundial trata sobre o Meio Ambiente e também sobre o Desenvolvimento e o define como sendo o:

Desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades. (RELATÓRIO BRUNDTLAND "NOSSO FUTURO COMUM", 2013, p. 46).

Destarte, a Constituição da República Federativa do Brasil, determina a proibição quando prenuncia suas atividades como sendo uma produção voltada somente ao capitalista. É uma previsão consistente e objetiva, que não deixa brechas para interpretações divergentes:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (omissis) VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. (BRASIL, 1988).

Dessa forma não se permite que a pessoa empreendedora atue de forma leviana, ou seja, tão somente pensando no capital que pode gerar, sem antes tomar o cuidado em relação ao meio ambiente, que o homem ao utilizar o mesmo, o utilize com o uso de ferramentas que não degradem o mesmo, com responsabilidade e com a utilização dos meios sustentáveis.

#### 4.4 PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

Este princípio já nos remete ao tema sugerido com a participação da democracia, de forma geral, tendo em mente um único objetivo, que seja uma participação em que todos tenham as mesmas oportunidades de ação no que está relacionado tanto aos processos quanto aos procedimentos direcionados ao meio ambiente.

Essa participação como já dito anteriormente pertence a todos os envolvidos de forma indistinta, por se tratar de um direito humano fundamental, disposto pela Carta Constitucional, no dispositivo do artigo 225. (BRASIL, 1988) É o que fala Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2012, p. 133) quando diz:

O princípio da participação constitui ainda um dos elementos do Estado Social de Direito (que também poderia ser denominado Estado Ambiental de Direito), porquanto todos os direitos sociais são a estrutura essencial de uma saudável qualidade de vida, que, como se sabe, é um dos pontos cardeais da tutela ambiental. .( FIORILLO 2012, P. 133).

Quando falamos, que a efetivação desse princípio deve partir da colaboração e participação de todos queremos dizer que a participação das pessoas é fundamental.

#### 4.5 PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR

Este princípio parte da averiguação de que os recursos naturais que estão disponíveis no meio ambientais podem faltar e que o seu uso sem responsabilidade pode acarretar o seu total desaparecimento de forma gradual.

Segundo coleciona Maria de Fátima de Araújo Ferreira,

“O princípio do poluidor pagador objetiva que na prática de atividades danosas ao meio ambiente, o agente poluidor passe a internalizar o custo ambiental, ou seja, o poluidor deve incluir entre seus custos de produção, os custos de prevenção, reconstrução, repressão, reparação e responsabilização pelo meio ambiente” (FERREIRA, 2000, p. 54).

Desta forma, o princípio em foco não pode ser percebido como uma via de mão dupla, onde o indivíduo ao fazer o dano, ao prejudicar o meio ambiente, , já

tenha programado o seu pagamento, com a percepção de que pode poluir e pagar pelo prejuízo que causou como amenizador.

Para Maria de Fátima de Araújo Ferreira, poluidor pagador:

“hodiernamente, a doutrina ambiental tem preferido a utilização da expressão usuário pagador, isto porque a expressão poluidor pagador dá a entender que é suficiente pagar para se ter o direito de poluir, resumindo-se no seguinte raciocínio: pago, logo posso poluir”. (FERREIRA, 2000, p.53).

Destarte, o que se espera do princípio em questão é que seja responsabilizado pelos danos causados onde deverá arcar com todos os custos desde a prevenção a reparação pelos danos ambientais.

Como está disposta na Declaração do Rio, especificamente no dia 16 de janeiro de 1992, quando foi adotada em seu Princípio 16, em relação a matéria da seguinte maneira:

“as autoridades nacionais deveriam procurar fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em conta o critério de que o que contamina deveria, em princípio, arcar com os custos da contaminação, tendo devidamente em conta o interesse público e sem distorcer o comércio nem as inversões internacionais.” (DECLARAÇÃO DO RIO, de 1992).

O Sistema jurídico, trata quanto a imposição que é quanto a imposição que é delegada ao poluidor que está relacionado no art. 4º, VII, da Lei nº 6.938/81, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente como:

“Art. 4º. A Política Nacional do Meio Ambiente visará: VII. À imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.” ( BRASIL, 1981 ).

Este mesmo princípio, corrobora quando em seu artigo 225, dos parágrafos 2º e 3º, dispõe:

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

(...)

§ 2º. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.(BRASIL 1998).

Por fim, ressalta que o indivíduo que explorar esses recursos deverá arcar com os prejuízos de recuperação ao que degradou, visto que o todo não pode ficar prejudicado em desvantagem do interesse individual.

## **5. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS AMBIENTAIS**

Ao tratarmos do tema citado, é comumente que citamos o dano, por este ser um requisito para caracterização do tema em foco. Destarte, é importante, ter um conhecimento prévio do que seja o dano ambiental. A Constituição vigente através do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, como o referido na lei processual sobre a Ação Civil Pública, disposto no artigo 1º da Lei de número 7.347/85, tratam do tema aqui disposto.

[...] degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. (BRASIL, 1985).

Sobre o tema relatado atualmente está tendo um enfoque através de discussões que remetem ao assunto discutido. Dessa forma entende se que o Estado

é responsável pelos danos que são ocasionados ao meio ambiente, tanto como pela ação/realização comissiva ou omissiva.

Corroborando Paulo Affonso Leme Machado 2003 quando diz que a responsabilidade civil do Estado quando for fazer uma intervenção deve visar a preservação da saúde pública, visto que esta ligada diretamente aos danos ambientais, como podemos perceber:

A intervenção estatal no domínio ambiental visa preservar a saúde pública e ordenar as atividades produtoras. Não se pode esquecer que muitas vezes o Poder Público, ao baixar normas de emissão e elaborar padrões de qualidade, age em causa própria, pois ele, Poder Público, também exerce algumas atividades iguais aos particulares (siderurgia, petroquímica) [...]. Para compelir, contudo, o Poder Público a ser prudente e cuidadoso no vigiar, orientar e ordenar a saúde ambiental nos casos em que haja prejuízo para as pessoas, para a propriedade ou para os recursos naturais mesmo com a observância dos padrões oficiais, o Poder Público deve responder solidariamente com o particular. (MACHADO, 2003, p. 332-333).

Entende que a impossibilidade de identificar o causador do evento danoso, e a sua indivisibilidade quando trata do dano ambiental, torna impossível qualificar com clareza e precisão o que cada infrator cometeu e a responsabilidade civil, dessa forma pode ser exigido indistintamente de um, de alguns ou de todos, sobre esse assunto o Poder Público também deve responder solidariamente com o particular.

Neste sentido sustenta Álvaro Luiz Valery Mirra 2004 que fala que:

Acionar indiscriminadamente o Estado, em caráter solidário com o terceiro degradador, pela sua omissão em fiscalizar e impedir a ocorrência do dano ambiental, significaria, no final das contas, transferir à própria vítima da degradação – a sociedade – a responsabilidade pela reparação do prejuízo, com todos os ônus daí decorrentes, quando, na verdade, a regra deve ser a da individualização do verdadeiro e principal responsável, evitando-se, com isso, indesejável socialização dos encargos necessários à reparação de danos ambientais praticados por pessoas físicas ou jurídicas determinadas. (MIRRA 2004, p. 205).

Anderson Furlan e William Fracalossi 2010, igualmente concordam no mesmo sentido, ao falar que:

Quando a norma diz que o Estado responde pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem, afirma, que o Estado jamais poderá ser responsabilizado quando o dano não decorrer da conduta de seus agentes no exercício de funções estatais ou em razão delas, o que equivale a dizer que não poderá haver responsabilização quando o dano advier de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, por exemplo. Se o dano ocorreu por motivo de força maior, obviamente não foi causado pelo Estado, razão pela qual não deve este ser responsabilizado. (FURLAN E FRACALOSSO (2010, P. 520)

Conforme o que foi discutido, sobre responsabilidade civil do estado, o mesmo não pode se comprometer e sanar com todos os riscos oriundos de atividades que tenham risco ambiental, desta forma o dano ambiental, deve ser reparado por quem de fato o praticou.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao apontar a interferências na Lei 6938/81, promulgada como a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), também no que está disposto no dispositivo do artigo 225, § 1º, incisos IV e V da Constituição cidadã, buscou reconhecer que possíveis mudanças podem ser trazidas em benefícios que envolvem a preservação do meio ambiente.

No dano ambiental, considera-se que os prejuízos decorrentes da poluição e as consequências dos desastres ecológicos atingem a todos. Atualmente tanto a doutrina, a jurisprudência e a legislação são pacíficas em reconhecer que o meio ambiente deve ser protegido a fim de se preservar a vida de uma forma em geral, beneficiando desta forma todo o coletivo, atraindo a atenção dos poderes públicos, dos meios acadêmicos e de comunicação.

Hoje os focos de queimadas são monitorados por satélites e com essa tecnologia tão avançada podemos perceber como é acelerado o processo das queimadas vez que estão crescendo em um ritmo alarmante, causando toneladas e toneladas de emissão de gases que contribuem para o aumento significativo do efeito estufa, que é o grande responsável pelas devastações ecológicas.

Para fim de evitar e até mesmo proteger o meio ambiente os municípios podem legislar sobre a prática do uso do fogo, delimitando a área e época do ano



em que esta será permitida, promover campanhas de educação ambiental nas escolas e comunidades sobre alternativas ao uso do fogo e definir protocolos sobre o uso do fogo, envolvendo representantes de diversos setores da sociedade, no sentido de criar maior compromisso para controlar e limitar as queimadas.

Por essa razão, é importante que iniciativas governamentais imponham políticas de recuperação ao meio ambiente, sanções mais severas com o intuito de evitar e restaurar o ecossistema. Outra possibilidade é reabilitar a terra, de modo que ela se torne fértil e capaz de dar suporte a outras atividades.

O artigo mesmo que de forma resumida, não pretendeu esgotar o tema, mas contribuir e trazê-lo ao campo de debate ao apresentar possíveis contribuições já disposta na Lei.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ASSUNÇÃO, J.V.; RIBEIRO, H.. **Efeitos das queimadas na saúde humana**. Revista Estudos Avançados .16 (44). 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 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 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.938/81, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.347/85, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Declaração de Estocolmo (1972)**. Disponível em: <[www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc)>. Acesso em: 20 mar. 2020.

CASTRO, H. A.; GONÇALVES, K. dos S.; HACON, S. de S. **As queimadas na região amazônica e o adoecimento respiratório**. Ciência e Saúde Coletiva, 17(6): 1523-1532. 2012.

CAMAPUM, J.C.; OLIVEIRA, M. C.; FAGG, C. W.; CORREIA, C. R. M. A. (2012). **Queimadas, práticas agrícolas, recuperação de áreas degradadas e a infiltração no Cerrado. Livro Tópicos sobre infiltração: teoria e prática aplicadas a solos tropicais.** Cap, 11, 207-234.

ENGELMANN, Wilson.; MACHADO, Viviane Saraiva. Do princípio da precaução a precaução como princípio. **Revista de Direito Ambiental.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 69, 2013.

FERREIRA, Maria de Fátima de Araújo. **Dano Ambiental: dificuldades na determinação da responsabilidade e valoração.** Recife, 200. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito do Recife. Universidade Federal de Pernambuco.

FERREIRA, Maria de Fátima Araújo. **Dano ambiental: dificuldade na determinação da responsabilidade e valoração no direito positivo brasileiro.** In 10 anos da ECO-92: o direito e o desenvolvimento sustentável – Ten years after rio 92: sustainable development and law. São Paulo: IMESP, 2002, p.54

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FURLAN, Anderson.; FRACALOSSI, William. **Direito ambiental.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONÇALVES, *Karen dos Santos*; CASTRO, Hermano Albuquerque de and HACON, Sandra de Souza. **As queimadas na região amazônica e o adoecimento respiratório.** *Ciência e Saúde Coletiva*, 17(6): 1523-1532. 2012.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no Direito Ambiental.** Revista Sequência, v. 23, n. 45, p.97/122, 2002, p. 112.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade: **Fundamentos de Metodologia Científica.** São Paulo. Ed. Atlas, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 10 ed. Rev. Atual. E ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MEZZARROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILARÉ, Édis.; ROCHA, L.; TAVARES, F. Meio ambiente e os direitos da personalidade. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 37, 2005, p. 14.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8. ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente**. 2. ed., atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MUKAI, T. **Direito ambiental sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

NAÇÕES UNIDAS. **Relatório de Brundtland – Nosso Futuro Comum**. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Oliveira, M. C., Fagg, C. W., Camapum de Carvalho, J., & Correia, C. R. M. A. (2012). **Queimadas, práticas agrícolas, recuperação de áreas degradadas e a infiltração no Cerrado**. Livro Tópicos sobre infiltração: teoria e prática aplicadas a solos tropicais. Cap, 11, 207-234.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 2013. Disponível em: <<http://www.onu.org.br>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. de. **Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. P. 14.

SAMPAIO, F.A.R.; FONTES, L.E.F.; COSTA, L.M.; & JUCKSCH, I. **Balanço de nutrientes e da fitomassa em um argissolo amarelo sob floresta tropical amazônica após a queima e cultivo com arroz**. Revista Brasileira de Ciência do Solo. 27:1161-1170. 2003.

SERRA, T. B. **Tutela inibitória coletiva do meio ambiente face ao risco ambiental**. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 66, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 58682 / MG (1995/0000546-8) autuado em 05/01/1995. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199500005468&dt\\_publicacao=16-12-1996&cod\\_tipo\\_documento=&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500005468&dt_publicacao=16-12-1996&cod_tipo_documento=&formato=PDF)>. Acesso em: 10 mar. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. São Paulo: Renovar, 2004.

NOTA:

<sup>[1]</sup> Professor Doutor do Centro Universitário Católica do Tocantins, do Centro Universitário Luterano de Palmas e da Universidade Estadual do Tocantins.

## CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS APRESENTADAS POR VÍTIMAS DE CRIMES SEXUAIS

**VITOR WILSON PERASOL:** Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis - SP.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Dr. Marco Antônio Colmati Lalo.

**RESUMO:** O presente trabalho tem a função de apresentar problemas psicológicos apresentados pelas vítimas dos crimes sexuais, e uma possível solução de como o judiciário poderá amenizar os problemas das vítimas desse crime invasivo que vem assolando a sociedade brasileira e fazendo vítimas, jogando as mesmas em quadros de doenças psicológicas irreversíveis. O constrangimento que uma mulher pode sofrer ao procurar o seu direito, o medo e a vergonha impedem que o crime seja solucionado. Crimes sexuais acabam se tornando um ponto muito sensível de uma ferida que ainda não é cicatrizada no Brasil, que é o tratamento desigual que as mulheres acabam sofrendo em alguns aspectos, isso assola a sociedade de uma maneira que precisa ser combatida e reprimida, os crimes sexuais não basta prender o acusado precisa cuidar da vítima o Rol de crimes sexuais presente no código penal brasileiro precisa sofrer uma mudança de penas com penas de um tempo maior para que o indivíduo seja responsabilizado de uma forma justa com aquela que ele violou.

**Palavras-Chave:** Direito Penal; Código Penal; Crimes Sexuais; Mulheres; Tratamento Psicológico.

**ABSTRACT:** The present work has the function of presenting psychological problems presented by the victims of sexual crimes, and a possible solution of how the judiciary can alleviate the problems of the victims of this invasive crime that has been plaguing Brazilian society and making victims, throwing them in frames of irreversible psychological diseases. The embarrassment a woman may face in seeking her right, fear and shame prevent the crime from being solved. Sexual crimes end up becoming a very sensitive point of a wound that is not yet healed in Brazil, which is the unequal treatment that women end up suffering in some ways, it plagues society in a way that needs to be combated and repressed, crimes arresting the accused must take care of

the victim o Rol of sexual crimes present in the Brazilian penal code needs tundergo a change of criminals with longer time criminals for the individual to be held fairly with the one he has violated.

**Keywords:** Criminal Law; Criminal Code; Sexual Crimes; Women; Psychological treatment.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. AS CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS NAS VÍTIMAS DE ESTUPRO. 3. DADOS REFERENTES AO CRIME DE ESTUPRO NO BRASIL. 4. O PESO DA PALAVRA DA VÍTIMA COMO PROVA. 4.1 Importância da avaliação psicológica nas vítimas. 5. QUAIS SÃO OS CRIMES SEXUAIS. 5.1 O que se entende por vítima vulnerável. 6. EXISTE A NECESSIDADE DE ESTUDAR PSICOLOGICAMENTE O AUTOR DE UM CRIME SEXUAL. 6.1 O QUANTO INVASIVO SE TORNA O CRIME DE ESTUPRO TANTO FISICAMENTE QUANTO PSICOLOGICAMENTE. 7. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Crimes sexuais que estão citados no código penal brasileiro que começa no seu artigo 213 Com o crime de estupro e passa pelo crime de Estupro de vulnerável e diserta sobre outras atitudes criminosas que invadem a vítima de uma forma tanto física quanto psicológica.

As "Autoridades" competentes precisam tomar medidas para auxiliar as vítimas de crimes sexuais no âmbito psicológico apresentando condições de tratamentos para mulheres e crianças que precisam passar por avaliação medica e um rigoroso acompanhadas por psicólogos e psiquiatras para tratar seus traumas deixados pelo agressor.

Não somente o tratamento com psicólogos para reversão de traumas, mas dependendo da circunstancias e do tamanho do quadro psicológico apresentado pela vítima se faz necessário a presença de uma psiquiatra no tratamento para que seja possível a indicação de remédios para auxílio ao tratamento psicológico

Não bastaria apenas leis penais rígidas, é preciso de um tratamento psicológico para vítima a fim de amenizar os danos sofridos pelas agressões e pelo estupro. E a pressão psicológica que existe na vítima por medo de ter contraído alguma das doenças Sexualmente Transmissíveis e isso pode servir como uma espécie de gatilho mental para uma possível depressão, um quadro agravado de ansiedade entre outros distúrbios.



Avaliação psicológica da vítima precisa acontecer na delegacia para que nesse momento seja possível saber se a mesma possui ou não condições de relatar o que aconteceu e seria de vital importância acontecer no tratamento psicológico como acontecesse nas delegacias especializadas com as Delegacias Da Mulher Da polícia civil de São Paulo, precisaria ser atendida por uma equipe feminina para que a vítima se sinta confortável em expor a situação sem sofrer maiores constrangimentos morais.

Existindo um sistema de tratamento psicológico com a finalidade de amenizar os danos psicológicos causados por vítimas de crimes de estupro, pode diminuir os casos de impunidade visando que uma vez que a vítima se sentir amparada poderá levar outras vítimas a denunciar os crimes, gerando uma queda nas estáticas e colocando os criminosos no sistema prisional brasileiro a fim de cumprir sua sentença.

## **2. AS CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS NAS VÍTIMAS DE ESTUPRO**

O crime de estupro está presente no artigo 213 do código penal brasileiro e apresenta a seguinte redação em seu caput: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”

É um crime que traz um contexto muito particular por mexer não somente com o corpo da vítima que se torna “Invadida” mas sim deixando marcas em seu psicológico, por ferir a imagem e denigrir o corpo da mulher, infelizmente é uma pratica criminosa que vem aumentando ao decorrer do tempo deixando as vítimas completamente desoladas, pois como foi citado anteriormente esse tipo de crime não devasta apenas o corpo da mulher mas também seu psicológico, desencadeando a depressão. Muitas mulheres sofrem consequências depois desse ato por não conseguir ter uma vida sexual satisfatória por desenvolver traumas e isso acaba implicando em seus relacionamentos fazendo com que muitas vezes a mulher tenha um certo medo do seu parceiro por trazer em sua memória lapsos do acontecido.

Muitos casos de estupro podem acontecer na infância ou na adolescência momento esse que a mulher está em sua fase de transição e começa descobrir o seu corpo e podem ser abusadas por pessoas da sua família ou alguém do seu convívio social, esse momento é o momento onde as vítimas precisam mais de apoio para que possa lidar com esse trauma de uma maneira menos dolorosa possível. Seria necessário colocar à disposição da vítima em primeiro momento uma avaliação psicológica com uma profissional feminina para que a vítima se sinta mais à vontade e consiga esclarecer para autoridade policial como ocorreu o crime, quando ocorre

em crianças muitas delas ficam acanhadas e tem medo de contar para os responsáveis o que aconteceu, ou não sabem como expressar o fato. Acredito que é de grande importância um apoio psicológico, é de conhecimento de todos nós que a palavra da vítima é de grande válida para o meio de prova dentro do processo penal brasileiro, que vem com um grande número de meios para esclarecer como os laudos e exames médicos que mostram como se encontra o corpo da vítima.

Acredito que o crime de estupro e o crime de estupro de vulnerável exige uma pena maior para o autor e um cuidado maior com a vítima vulnerável.

Como fica o psicológico de uma criança que foi estuprada e teve seu corpo invadido sem ao menos saber o que aconteceu, no caso do ato libidinoso uma criança que foi obrigada a tocar em um órgão genital de um homem o de uma mulher, essa criança apresentará vários danos psicológicos, não é só prender o autor mas precisa cuidar dessa vitima ajudar a recuperar o seu psicológico.

Entender o que levou o autor a cometer esse tipo de crime no brasil a todo momento temos relatos de estupro de mulheres que foram atacadas no transporte público, na rua voltando para sua casa, indo ou voltando de uma festa. Por homens que muitas vezes não entendem que a mulher tem o seu pleno direito de dizer não a eles e de tomar as decisões sobre seu corpo precisamos tirar essa ideia que muitas vezes diz que a culpa do estupro foi a roupa, foi a vítima, não a culpa nunca é e nunca vai ser da vítima a culpa é do autor que quis constranger e violentar alguém ao seu bel prazer.

A pratica sexual precisa ser consentida e autorizada por ambas as partes caso contrário isso é estupro, olha o quando esse crime é complexo o quando isso pode afetar e pode ferir a vítima. O crime de estupro precisa ser penalizado de uma forma mais dura com um tempo maior de pena para o condenado.

Com fulcro no artigo 213 do código penal brasileiro o crime de estupro possui suas vertentes que são o estupro de vulnerável quando é cometido contra:

- Crianças menores de 14 anos
- Doentes Mentais
- Pessoas dopadas pelo uso de remédio ou alcoolizadas

O crime tem agravante de pena 12 a 30 anos nesses casos ou quando resulta lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima.

Existe o estupro via ato libidinoso que configura-se quando tocam nas partes do corpo de outra pessoa sem sua autorização, beijos ou qualquer outro tipo de carícia sem o consentimento de terceiro.

Relatando sobre as consequências psicológicas do crime de estupro, a ex-presidente senhora Dilma Rousseff no dia 1 de Agosto de 2013 sanciona a lei do minuto seguinte, lei essa que traz em seu corpo de artigos obrigações que devem ser adotadas para que possa dar um atendimento digno a vítima de violência sexual:

Art. 1º Os hospitais devem oferecer às vítimas de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência sexual, e encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social.

Art. 2º Considera-se violência sexual, para os efeitos desta Lei, qualquer forma de atividade sexual não consentida.

Art. 3º O atendimento imediato, obrigatório em todos os hospitais integrantes da rede do SUS, compreende os seguintes serviços:

I - diagnóstico e tratamento das lesões físicas no aparelho genital e nas demais áreas afetadas;

II - amparo médico, psicológico e social imediatos;

III - facilitação do registro da ocorrência e encaminhamento ao órgão de medicina legal e às delegacias especializadas com informações que possam ser úteis à identificação do agressor e à comprovação da violência sexual;

IV - profilaxia da gravidez;

V - profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis - DST;

VI - coleta de material para realização do exame de HIV para posterior acompanhamento e terapia;

VII - fornecimento de informações às vítimas sobre os direitos legais e sobre todos os serviços sanitários disponíveis.

§ 1º Os serviços de que trata esta Lei são prestados de forma gratuita aos que deles necessitarem.

§ 2º No tratamento das lesões, caberá ao médico preservar materiais que possam ser coletados no exame médico legal.

§ 3º Cabe ao órgão de medicina legal o exame de DNA para identificação do agressor.

Essa lei foi de grande válida; para a sociedade pois tenta reparar mesmo que minimamente o dano causado a vítima, se fez necessário a realização de exames para ver se não existe sinais de Doenças Sexualmente Transmissíveis, se não existe gravidez tudo isso para deixar a vítima um tanto quando mais tranquila em relação aos acontecidos, para mim um dos pontos fundamentais dessa lei está no parágrafo 3º inciso III que pede para que a rede pública disponibilize tratamento e amparo psicológico a vida. Ação essa que é de grande ajuda visando que a vítima ao chegar em uma delegacia para realização do boletim de ocorrência está completamente devastada e muitas vezes com vergonha do fato ocorrido que a mesma não tem nem um por cento de culpa. Por isso que é de grande valor a presença das DDM'S (Delegacia Da Mulher) unidades essas que muitas vezes tem equipes femininas trabalhando e estão capacitadas para atender esses casos trazendo um pouco de conforto para que a vítima possa se abrir e relatar o acontecido. Acredito que seria de extrema necessidade existir a presença de uma psicóloga junto a equipe de polícia civil no momento da lavratura de algum boletim de ocorrência ou no momento de ouvir as declarações da vítima. De qualquer idade mas dando atenção nos casos de crianças e adolescentes principalmente aquelas que foram abusadas por pessoas de seu convívio social próximo como parentes ou amigos.

Como foi salientado anteriormente a maioria dos casos de estupro não são objetos de denúncia por conta das mulheres sentirem vergonha e junto com a vergonha pode vir uma série de consequências psicológicas entre elas: Ansiedade, depressão, crises de pânico, medo de ficarem sozinhas, medo de andar na rua e muitas vezes medo de terem em suas vidas outros parceiros pois criam um bloqueio em sua mente resultado de uma forte violência física e moral.

Primeira coisa que precisa ser feito com uma vítima desse crime é conversar e tentar acalmar a vítima, deixar que ela se sinta segura para relatar o ocorrido, posteriormente a essa fase será preciso realização de exames para saber se não existe algum tipo de doença após essas fases é necessário um acompanhamento psicológico para que ela possa reorganizar suas emoções e conseguir levar a sua vida da forma menos dolorosa o possível.

### **3. DADOS REFERENTES AO CRIME DE ESTUPRO NO BRASIL**

Segundo uma matéria que foi publicado pelo jornal A Folha De São Paulo no dia 11 De Setembro De 2019, o crime de estupro vem aumentando em os pais os estados que possuem a maior número de estupros são os estados do Paraná e do Mato Grosso segundo números da pesquisa a maioria dos casos ocorrem com meninas de 13 anos de idade 76% dos autores desse crime tem algum vínculo com a família seja o mesmo conhecido, amigo ou até mesmo parente.

Com base em dados do anuário de segurança pública são mais de 263 mil casos registrados pelas delegacias dos pais somente no último ano. Como foi citado anteriormente que a maioria das vítimas acabam sendo crianças muitas vezes o cenário do crime é dentro de sua própria casa segundo noticia publica pelo jornal globo no dia 05/06/2018, números apresentados. Dados que seriam de grande ajuda e que muitas vezes já estão disponibilizados os locais onde mais ocorrem estupros e dentro desses locais existir uma espécie de centro com o apoio legal e o principal e mais importante que é o apoio psicológico. Dados mostram que 70% das vítimas de crimes sexuais são crianças e adolescentes e como citado anteriormente com idades entre 0 e 13 anos. Segundo notícia publicada também no G1 no dia 10\08\2018 o crime de estupro é o crime com a maior subnotificação dos pais, ou seja muitas vezes o crime nem chega a ser notificado para as autoridades pratica essa que traz prejuízo para a justiça pois não se sabendo que ocorreu o crime se torna difícil prender o autor assim impedindo novos estupros. Dados atualizados na matéria do 10\08\2018 citada anteriormente pelo G1 (Portal de Notícias da Rede globo de Televisão) traz que os estados com mais casos de estupro são eles: Matogrosso Do Sul, Santa Catarina e Rondônia. Muitos estudos e pesquisas apontam que os números apresentados não chegam a 10% dos números verdadeiros.

Muitos crimes não são levados até as autoridades por vergonha, medo, inseguranças e outros sentimentos apresentados pelas vítimas.

“Há demonstração mais contundente da cultura do estupro em nosso país, do que os números divulgados pelo Ipea: 24% dos homens acham que merecem ser atacadas as mulheres que mostram o corpo”. (VARELA, 2005, Online)

Contando algumas de suas experiências com criminosos e vítimas do crime de estupro.

Por ser um crime de cunho sexual expor a vítima ainda se torna difícil encontrar números exatos de acontecimentos, números disponibilizados no site do fórum de segurança pública com base no anuário brasileiro de segurança pública

que traz os números de 2016 e 2017 mostram que no ano de 2016 no Brasil foram cometidos 55.070 Crimes de estupro no ano seguinte esse número sobe para 61.032, com os Estados que mais cometeram estupro nesses anos foram São Paulo com um total de 10.055 no ano de 2016 e 11.089 em 2017 logo atrás vem o Estado De Minas Gerais com 4.692 no ano de 2016 e 5.199 no ano de 2017 como um dos Estados que mais cometem crimes de estupro.

#### **4. O PESO DA PALAVRA DA VÍTIMA COMO PROVA**

Com fundamento no artigo 158 Código Processual Penal Brasileiro:

Art. 158º Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva: (Incluído pela Lei nº 13.721, de 2018)

I - violência doméstica e familiar contra mulher; (Incluído pela Lei nº 13.721, de 2018)

II - violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência. (Incluído pela Lei nº 13.721, de 2018)

Não existindo possibilidade de resultados com o exame de corpo de delito, aplica-se um valor elevado para a palavra da vítima que muitas vezes não existe testemunha nesse tipo de crime então a palavra da vítima ganha um grande peso, visando que a mesma viveu e pode descrever de uma forma precisa, existem duas correntes doutrinarias divergentes que apresentam suas teses. A primeira corrente defende que a palavra da vítima deve sim ter um peso principal e quando não existir exame pericial que possa provar a agressão sexual apenas a palavra da vítima basta. Existe o contra ponto da doutrina que acha que somente a palavra da vítima pode prejudicar o autor que não cometeu crime algum, para falarmos do crime de estupro.

O peso da palavra da vítima, precisamos adentrar um pouco dentro do tema da vitimologia e entender o conceito que a vitimologia nos traz deste assunto: podemos ter diversos tipos de vítimas nos crimes de estupro, temos as vítimas provadoras que pode ser vítima que provocam o autor para que o mesmo invista contra ela e depois a mesma o acuse de ser o seu algoz de terem-lhe atacado, pode existir a vítima falsa que cria toda uma História também visando prejudicar um possível desafeto.



A doutrina traz como um possível ex-namorado ou cônjuge e existe aquelas vítimas que sofreram a violação sexual e encontram-se fragilizadas dentre essas vítimas todas tem o mesmo valor a sua palavra uma vez que falou que foi violentada o possível estuprador será indiciado e preso, em casos de ser uma calúnia o preso ficará detido até provar sua inocência.

Para a vítima precisar prestar depoimento em uma delegacia e após precisar muitas vezes comparecer até uma audiência para falar na presença do juiz de um promotor e dos demais presentes se torna um fardo, algo que para ela é vexatório e expõe sua intimidade até o ponto máximo e muitas vezes trata-se de uma criança ou adolescente ou mesmo que seja uma pessoa adulta isso pode mexer com a cabeça da vítima por isso é de grande importância o acompanhamento médico para que seja colhido o depoimento sem maiores danos a pessoa ofendida.

#### **4.1 Importância da avaliação psicológica nas vítimas**

A fase crítica de transição do corpo de criança para a formação de um corpo adulto, a fase da adolescência é uma fase complicada tanto para os Homens Quanto para as mulheres, pois nesse período não ocorre somente mudanças físicas, mas também mudanças fisiológicas, um turbilhão de hormônios a cada segundo dentro do corpo. Segundo levantamentos apontam que maioria dos crimes de estupro ocorrem próximo aos 13 anos.

Código penal brasileiro intitulou esse tipo de crime como estupro de vulnerável trazendo uma pena com um grau elevado diferenciando do estupro simples, ou seja, praticar algum ato sexual com menores de 14, qualquer prática de estupro é considerado crime hediondo não sendo passivo de anistia, perdão ou graça muito menos fiança. Essa decisão do STF foi de grande importância principalmente para os crimes contra os vulneráveis sendo uma agravante para dificultar o relaxamento de prisão, pois os crimes hediondos é preciso cumprir a pena inicialmente em regime fechado só podendo ter direito à liberdade provisória após cumprir 3\5 da pena.

O Estupro é algo tão repugnante que dentro do sistema carcerário brasileiro os autores de crimes dessa magnitude precisam ficar separados para o cumprimento de pena. Nos presídios, no famoso seguro local onde o detento fica separado do restante da massa carcerária pois os próprios detentos não aceitam essa prática e torturam e matam criminosos dessa espécie. Avaliação psicológica se faz usual nesses casos para evitar que a vítima sofra consequências posteriores a este fato.

Superior Tribunal De Justiça tem o entendimento que quando esse crime envolve crianças, adolescentes ou pessoa doentes mentalmente que se utilize do

depoimento sem danos, que nada mais é que um depoimento acompanhado por um (A) psicólogo (A) utilizando métodos lúdicos para que a vítima possa falar, existe uma sala com papéis, canetas para que a vítima possa desenhar, brinquedo para que possa ocorrer de uma forma mais lúdica. No depoimento sem danos a vítima entra na sala acompanhada de uma psicóloga e do juiz ou autoridade que for ouvi-la, muitas vezes o responsável legal está junto, começam a colher o depoimento da vítima de uma forma que não faça a mesma lembrar do ocorrido de uma forma agressiva, pois quando se trata de uma criança é importante preservar sua saúde mental e não aumentar os danos já causados pelos abusos. Outro ponto não menos importante é a prevenção das consequências psicológicas que são geradas após o crime.

As mulheres sofrem muito com isso, muitas vezes acaba se culpando de uma coisa que ela não fez e por esse motivo vai desgastando sua saúde mental e acaba entrando em uma espécie de colapso nervoso. Antes de citarmos quais são as consequências psicológicas precisamos explicar quais são os crimes sexuais e suas particularidades que estão sendo citadas neste trabalho com o fim de explicar e tentar achar uma solução para um crime que vem crescendo de uma forma alarmante no Brasil.

## **5. QUAIS SÃO OS CRIMES SEXUAIS**

Os crimes sexuais estão tipificados no código Penal Brasileiro começa no artigo 213 que traz o crime de estupro que é um crime que se consuma quando um Homem ou uma mulher força outra pessoa mediante violência grave ameaça ou constrangimento a ter relações sexuais, é um crime considerado hediondo tendo sua pena de seis a dez anos começando cumprir inicialmente em regime fechado.

Com fulcro no artigo 213 traz o conceito de ato libidinoso:

Considera-se ato libidinoso passar a mão no corpo de alguém sem autorização, beijos lascivos. Isso confere-se também como importunação sexual, ou seja, comportamentos impróprios que fazem alusão a prática sexual e podem ser passivos de prisão, com penas de 1 a 5 anos de prisão.

### **5.1 O que se entende por vítima vulnerável**

Considera-se vulnerável aquela pessoa que ao momento da prática do ato sexual é menor de 14 anos, possui alguma doença mental que a impede de ter consciência do ato que está praticando, segundo corrente doutrinária a vítima que se encontra embriagada no momento da prática sexual também entra no grupo dos

vulneráveis sendo passível de aplicar-se o aumento de pena tipificado no código penal.

**Estupro de Vulnerável:** Praticar conjunção carnal ou qualquer ato que presuma com menor de catorze anos ou pessoa deficiente mental ou que não possa se defender daquilo, sua pena é de reclusão de oito a quinze anos e poderá se agravar caso ocorra morte ou lesão de natureza grave na vítima a pena é aumentada de doze a trinta anos.

**Assédio sexual:** Configura-se como piadas em tom sexual, comentários muitas vezes ofensivos forçar a pessoa a lhe fazer favores sexuais contra a vontade dela, praticar coerção usando de certa influência para chantagear para que a pessoa tenha relações sexuais Toda vez que alguém usar de sua posição hierárquica para obter favores sexuais caracteriza-se como assédio. O assédio sexual pode ocorrer no trabalho, em casa, na universidade não existe um local específico. É passível de punição. Um crime que ficou bastante conhecido foi aquele em que um Homem acaba ejaculando no braço de uma mulher em um ônibus na cidade de São Paulo e acaba saindo pela porta da frente da delegacia. Um indivíduo que segundo consta possui 17 passagens pela polícia todas elas pelo crime de estupro.

## **6. EXISTE A NECESSIDADE DE ESTUDAR PSICOLÓGICAMENTE O AUTOR DE UM CRIME SEXUAL**

O autor do crime de estupro também precisa passar por algum tipo de avaliação psicológica para que seja possível traçar o seu perfil e buscar descobrir o motivo que leva o mesmo a cometer esses tipos de crimes contra mulheres e crianças, uma vez estudando tentar descobrir se esse autor já foi vítima de alguma espécie de abuso sexual quando criança e isso desencadeou uma espécie de distúrbio onde o mesmo comete esses atos em outras pessoas uma vez que o mesmo já passou por isso. É um crime que não se tem como explicar o motivo de sua natureza. Com base nisso será possível usar a frase de Jean Jacques Rousseau "O homem é bom por natureza. É a sociedade que o corrompe". Se esse mesmo possuir algo tipo de doença mental seu lugar não será na cadeia e sim em um Hospital psiquiátrico para ser tratado e desta forma impedir com que ele ao voltar ao convívio social não faça novas vítimas deixam as mesas com problemas físicos e emocionais que são muitas vezes de ordem irreparável.

### **6.1 O quanto invasivo se torna o crime de estupro tanto fisicamente quanto psicologicamente**

O crime de estupro é um crime que invade a mulher não somente seu corpo, mas invade também seu psicológico e transforma em uma ferida muitas vezes difícil

de ser cicatrizada. Uma vez que um desconhecido ataca gratuitamente uma mulher em um transporte público, em uma festa, na rua ou em qualquer outra localidade um ser humano que nunca viu na vida tira a roupa de uma mulher e toma a mesma como fosse um objeto a viola e depois a deixa muitas vezes em prantos e com a cabeça toda bagunçada, ali ocorreu um ato sexual sem consentimento de uma das partes sem proteção alguma e com um histórico totalmente inóspito pois não se sabe se aquele homem possui algum tipo de doença, daquele ato poderá vir a nascer uma criança e a partir desse momento o psicológico da vítima começa a se deteriorar duvidas e mais dúvidas em sua cabeça, uma sensação de culpa julgando-se por algo que ela não tem a mínima culpa. O estupro é um crime que não escolhe a idade da sua vítima e isso se tornar preocupante quando envolve uma vítima em sua adolescência que poderá agravar sua vida futura desenvolvendo uma série de problemas psicológicos.

Um dos primeiros problemas psicológicos que a vítima tende a apresentar é o transtorno de estresses pós traumático onde a vítima começa a viver aquele momento como se acontecesse a todo minuto e isso pode se agravar quando a vítima precisa relatar para alguém o acontecido.

Segundo sintoma causado pelo estupro pode vir a ser a ansiedade onde a vítima tem crises de choro, algumas crises de pânico com um medo que toma conta do seu corpo e a impede de voltar a sua rotina normal, pois ela pensa que pode acontecer de novo a qualquer momento, o medo de uma possível gravidez que não foi planejada e a possibilidade de estar com algum tipo de Doença Sexualmente Transmissíveis, agravam-se casos de depressão com isso resulta muitas vezes em suicídio. Informações retiradas de uma pesquisa feita pela Organização Mundial Da Saúde Publicada no site da Organizações Das Nações Unidas relatam esses casos de danos psicológicos presentes nas vítimas, muitos crimes não chegam ao conhecimento das autoridades por conta que a vítima tem medo de denunciar, com receio de sofrer algum tipo de preconceito ou julgamento por parte de terceiros. Por isso se faz necessário existir psicólogos junto as delegacias para o primeiro atendimento a vítima, para que a mesma consiga se abrir, mas é necessário ter um acompanhamento psicológico visando diminuir os danos que um processo criminal que muitas vezes é longo pode causar uma vez que a vítima sempre irá reviver essa situação toda vez que passar por algum questionamento, assim como já existem as delegacias especializadas em atendimento feminino precisa unificar com o sistema de saúde e colocar psicólogas juntos com as mulheres para que tenham uma conversa e um diálogo. Assim pode diminuir os danos psicológicos.

Os crimes sexuais acabam se tornando um “fardo” para uma vítima adulta os problemas podem ser de uma magnitude muito maior para uma vítima vulnerável que pode muitas vezes ter um filho sem estrutura

Alguma, uma criança fruto de um estupro pode fazer com que a vítima lembre-se de seu agressor toda vez que olhar para a criança.

Violência contra a mulher precisa ser combatida com rigor e afinco principalmente a violência sexual, se torna dever do estado combater esses reflexos psicológicos negativos que o estupro trouxe para a vítima. Se torna dever do estado cuidar da vítima não somente no âmbito jurídico mas no âmbito social, uma vez que esses sintomas poderão comprometer a vida da vítima consequentemente poderá levar a um número maior nas taxas de suicídio motivados por problemas com depressão, uso de drogas então seria de grande importância um projeto voltado não somente para um aumento de pena para o infrator mas cuidar dessa vítima para que ela consiga retomar sua vida com um mínimo de sequelas possíveis.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O fato exposto por meio de pesquisa, conclui-se que se torna fundamental acompanhamento e avaliação psicológica nas vítimas de crimes sexuais, visando evitar problemas psicológicos, se torna de grande valia a presença de psicólogos (A) em delegacias e fóruns quando se trata de crimes sexuais, como foi exposto é Fundamental preservar a saúde mental da vítima que acaba sendo abalada pelo ocorrido.

As vítimas precisam ter o acompanhamento médico, visando evitar problemas psicológicos e Doenças Sexualmente Transmissíveis. Vítimas de violências sexuais na infância desenvolvem traumas para vida toda, uma espécie de bloqueio e isso gera uma série de problemas emocionais e psicológicos.

Pesquisas e números mostram que o crime sexual tem aumentado de forma vertiginosa tendo como principal alvo as crianças e adolescentes esse público precisa de um apoio não somente no âmbito judicial, mas no âmbito social com um tratamento psicológico visando amenizar os problemas decorrente deste tipo de violência.

O criminoso sexual precisa passar por um tratamento psicológico para entender o que levou o mesmo a ter tal atitude de invadir e violar uma mulher, o indivíduo age de uma forma rude e descompensada e atacada sua vítima como propriedade dele fosse, precisa-se entender se por hora criminoso não foi vítima de

algum tipo de violência moral ou violência física e desencadeou esse grau de perversidade e isso se tornou um gatilho para que ele atacasse mais pessoas.

Pela observação dos aspectos analisados, compreende-se que a vítima tem da sua palavra no tribunal, mas precisa analisar a situação e como foi feita essa denúncia é de grande importante o peso da palavra da vítima. Mas precisa mais que a lei do minuto seguinte todas as leis de proteção e preservação são de tem um papel de grande importância, mas precisa-se prestar atenção no aspecto humano e entender que a vítima precisa além de ser protegida, cuidada e aparada psicologicamente.

Será necessário a criação de um novo método de tratamento para as vítimas de crimes sexuais, ajudando as mesmas a se reconstruir psicologicamente. Tirar essa ideia implícita na sociedade que a culpa é da vítima, a culpa nunca é da vítima muitas vezes a culpa é do judiciário que não tem leis mais rígidas para parar esse tipo de atrocidade que vem assolando as vítimas e deixando as mulheres mais vulneráveis.

Por meio desta pesquisa concluímos que esse crime tem muitas consequências físicas e outras consequências mais complexas que são as psicológicas. Essas situações acabam tornando-se necessário um tratamento psicológico profundo com terapias e auxílio de remédios.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 15 Nov. 2019.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 Nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa (1988)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 Nov. 2019.

BRASIL. **Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual**. Disponível em: <<http://www.leidominutoseguinte.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 15 Nov. 2019.

G1. **Casos de estupro aumentam no Brasil: foram 60 mil registros apenas em 2017**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal->



[nacional/noticia/2018/08/10/casos-de-estupro-aumentam-no-brasil-foram-60-mil-registros- apenas-em-2017.ghtml](#)>. Acesso em: 15 Nov. 2019.

LUCENA, Taciana. **O comportamento da vítima no crime de estupro à luz da vitimologia**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53441/o-comportamento-da-vitima-no-crime-de-estupro-a-luz-da-vitimologia>>. Acesso em: 15 Nov. 2019.

Organização Mundial da Saúde. **OMS aborda consequências da violência sexual para saúde das mulheres**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-aborda-consequencias-da-violencia-sexual-para-saude-das-mulheres/>>. Acesso em: 15 Nov. 2019.

VARELLA, Dráuzio. **O estupro**. Disponível em: <<https://drauziovarela.uol.com.br/drauzio/artigos/o-estupro-artigo/>>. Acesso em: 15 Nov. 2019.

## TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO: BREVE ANÁLISE

**HÉLLEN MATOS PEREIRA:** Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais em 2011. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera em 2012. Analista de Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais desde 2014.

**RESUMO:** Esse trabalho visa investigar o conceito de Teoria do Desvio Produtivo e sua aplicação atual. Inicialmente, seu conceito será delimitado e, posteriormente, será analisada a opinião dos autores e da jurisprudência sobre o modelo. Ademais, objetiva distinguir a Teoria do Desvio Produtivo e a Teoria do Mero Aborrecimento e suas aplicações fáticas. Pretende-se conceituar o tempo juridicamente, bem como o dano provocado pelo seu desperdício. Verificar-se-á a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo de acordo com a jurisprudência, bem como os requisitos para sua configuração.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria do Desvio Produtivo; Teoria do Mero Aborrecimento; tempo útil; dano extrapatrimonial existencial.

**ABSTRACT:** This article proposes to find the meaning of "Productive Deviaton Theory" and describes its current application. First, its meaning will be explained and, after, judges and author's opinions about it will be analyzed. Also, it aims to distinguish this Theory from Simple Annoyance Theory e theirs factual applications. It is intended to conceptualize time legally, as well as the damage caused by its waste. The application of the Productive Deviation Theory will be verified according to the jurisprudence. This article discusses, as well, the necessary requirements to verify the existence of a productive deviaton.

### 1ª SEÇÃO

#### INTRODUÇÃO

A Constituição Federal determina que o Estado defenderá os direitos do consumidor (artigo 5, XXXII), e que a ordem econômica observará os princípios relativos à defesa do consumidor (art. 170).

A Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, preconiza que é direito básico do consumidor a reparação dos danos morais e patrimoniais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º).

O consumidor, não raras vezes, como resposta à má prestação de um serviço ou ao defeito ou ao vício de qualidade de um produto, precisa diligenciar para estabelecer contato com o fornecedor, produtor ou comerciante, a fim de conseguir uma solução ao caso. Frequentemente, a resolução do problema é dificultada pelo fornecedor, tanto na demora para atendimento quanto para conserto da situação. Dessa forma, o consumidor perde tempo precioso, não recuperável, o qual poderia ter sido gasto para seu trabalho ou com sua família.

Diante desse cenário, o advogado capixaba Marcos Dessaune elaborou a teoria do desvio produtivo, segundo o qual:

“o desvio produtivo caracteriza-se quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências — de uma atividade necessária ou por ele preferida — para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável.”[1]

Configurado o desvio produtivo, o autor defende que o consumidor deve ser indenizado moralmente.

Tradicionalmente, doutrina e jurisprudência têm entendido que a demora e a dificuldade na resolução de problemas relacionados aos contratos de consumo configuram apenas um mero dissabor, comum na sociedade moderna. Trata-se de desconforto incapaz de gerar abalo nos direitos de personalidade e, portanto, não passíveis de indenização por danos morais.

O presente estudo pretende analisar se a teoria do desvio produtivo pode ser, atualmente, aplicada no Direito do Consumidor e em que medida, considerando a doutrina, a legislação e a evolução da jurisprudência. Objetiva-se analisar se o tempo gasto pelo consumidor por faltas derivadas da atuação do fornecedor são insignificantes a ponto de não ferir qualquer direito do primeiro, ou se são tão relevantes que devem ser indenizadas e ensejar a punição do comerciante.

Muitos fornecedores, inclusive, continuam praticando as faltas da relação de consumo, pois, uma vez que inexistente punição para o tempo gasto pelos consumidores nos contatos de reclamação e de tentativa de solução, a permanência no erro compensa financeiramente. Acrescente-se a isso o fato de que nem todos os consumidores possuem disposição para enfrentar uma linha telefônica permanentemente ocupada, esperar a transferência a diversos ramais, tentar

dialogar com funcionários que tentam barrar seus direitos ou, até mesmo, retornar uma ligação telefônica após o descumprimento de acordo inicialmente firmado. Somando-se, portanto, o fato de que poucos consumidores se posicionam ativamente contra o mau serviço e a ausência de punição, a permanência na violação de direitos se mostra viável financeiramente.

Dessa forma, o artigo científico visa analisar os aspectos positivos da teoria, bem como a existência de alguma característica negativa e, por fim, concluir se sua aplicação é pertinente ao direito do consumidor e delimitar seus parâmetros de incidência.

## **REVISÃO BIBLIOGRÁFICA**

O precursor da Teoria do Desvio Produtivo, o autor Marcos Dessaune, conforme Introdução do presente artigo, elaborou o conceito de dano indenizável pelo prejuízo do tempo do consumidor.

O magistrado Luís Flávio Moutinho, citado pelo professor e especialista em Direito do Consumidor Vitor Guglinski, assim explana sobre a teoria em questão:

“O tempo é hoje um bem jurídico e só o seu titular pode dele dispor. Quem injustificadamente se apropria deste bem causa lesão que, dependendo das circunstâncias pode causar dano que vai além do simples aborrecimento do cotidiano, ou seja, dano moral”.<sup>[2]</sup>

O professor argentino da Universidade de Buenos Aires Sergio Sebastián Barocelli posiciona-se sobre o assunto em seu artigo, com nossa tradução livre, Quantificação de Danos ao Consumidor por Tempo Perdido:

“A perda de tempo implica também um desgasto moral e transtorno espiritual para o consumidor, o qual deve negligenciar seus (compromissos?) para se envolver em uma luta na qual quase sempre há uma clara desigualdade de condições em relação ao fornecedor, devido à fraqueza estrutural e vulnerabilidade dos consumidores nas relações de consumo. [...] No campo do direito do consumidor, de acordo com o disposto no artigo 42 da Constituição Nacional e 8 bis do LDC, cabe uma indenização para compensar o não cumprimento do direito a tratamento digno e equitativo pelos fornecedores de bens e serviços”.<sup>[3]</sup>

Nesse mesmo sentido, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro André Gustavo Correa de Andrade, segundo o qual:

“Intoleráveis, também, são situações em que os consumidores se vêem compelidos a sair de sua rotina e perder seu ‘tempo livre’ para solucionar problemas causados por atos ilícitos ou condutas abusivas de fornecedores, muitos dos quais não disponibilizam meios adequados para receber reclamações ou prestar informações (...).

A menor fração de tempo perdido de nossas vidas constitui um bem irrecuperável. Por isso, afigura-se razoável que a perda desse bem, ainda que não implique prejuízo econômico ou material, dê ensejo a uma indenização. A ampliação do conceito de dano moral, para englobar situações nas quais um contratante se vê obrigado a perder o seu tempo livre em razão da conduta abusiva do outro, não deve ser vista como indício de uma sociedade intolerante, mas como manifestação de uma sociedade que não está disposta a suportar abusos.” [4]

O Superior Tribunal de Justiça também já aplicou a teoria do desperdício do tempo útil em julgado recente:

“Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida **optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade** previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o **desperdício de tempo** útil e acarretando **violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos**, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo” [5] **(Grifo nosso)**.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já igualmente opinou sobre o tema, posicionando-se pela imposição ao fornecedor do dever de indenização pelo abuso do tempo do consumidor:

“Ora, assim como se defende que o mero inadimplemento contratual não constitui, por si, dano moral, é necessário refletir sobre a ideia de que as empresas que respeitam o tempo e a dignidade dos consumidores não se deparam com a obrigação de indenizá-los.

O fornecedor que impõe ao consumidor o desperdício de seu tempo para "implorar" solução para problemas decorrentes de falha na prestação do serviço não evita a judicialização da questão".[6]

Observa-se, portanto, que o conceito de perda do tempo do consumidor, antes tratada, na maioria dos casos, como um incômodo corriqueiro da vida moderna, conforme "Teoria do Mero Aborrecimento", foi paulatinamente modificado, principalmente pela semente lançada pelo autor Marcos Dessaune.

A teoria do mero aborrecimento defendia que:

**" (...) só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo"**[7] (Grifo nosso).

A referida lição foi utilizada, por exemplo, como embasamento em julgado do Superior Tribunal de Justiça para indeferir indenização em caso de envio abusivo e reiterado de *spam* de conteúdo erótico, mesmo após o consumidor ter solicitado sua exclusão como destinatário da lista de envio:

"Acredito que seja, realmente, **um incômodo** para todos que recebam o indesejado **SPAM**. Contudo, não vejo como esse veículo de propaganda se constitua ilícito, por falta de previsão legal, além de **não ser visto como dano se não contém ataques a honra ou a dignidade de quem o recebe**, formalmente, portanto sem nexos causal entre a pretensão judicial de condenação de dano moral e o fato que a justificaria.

Com efeito, Senhor Presidente, após o voto do eminente Relator, preocupa-me realmente a abertura de se abrir um leque muito grande para ações de dano moral por envio de SPAM, **que afetaria, sem dúvida, a Política Judiciária de multiplicidade de recursos, de milhares e milhares de ações**



**de igual natureza.** Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, **ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais simples dos aborrecimentos.**”[8]

A teoria do desvio produtivo, ao contrário, entende que:

“o evento danoso que acarreta lesão ao tempo existencial e à vida digna da pessoa consumidora, que sofre necessariamente um **dano extrapatrimonial de natureza existencial**, que é indenizável *in re ipsa*”. [9]

## 2ª SEÇÃO

### BUSCA, ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

A proteção ao consumidor é garantida de forma geral na Constituição Federal e explicitada na Lei n. 8.038/90, conforme a seguir, respectivamente:

“Art 5º (...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Art. 170. A **ordem econômica**, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, **observados os seguintes princípios:**

(...)

V - **defesa do consumidor (...)**. **(Grifo nosso).**

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o **respeito à sua dignidade, saúde e segurança**, a proteção de seus interesses econômicos, a **melhoria da sua qualidade de vida**, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

(...)

d) pela **garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade**, segurança, durabilidade e desempenho.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI - a efetiva **prevenção e reparação** de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos". **(Grifo nosso)**.

O Estado, portanto, deve garantir a defesa do consumidor. Ademais, tanto a política nacional quanto os fornecedores devem assegurar produtos e serviços de qualidade. Em caso de defeitos, vícios, erros, o consumidor possui o direito à correção e à reparação.

No intuito de obter reparação, cancelamento ou informação sobre a aquisição de produto ou a obtenção de uma prestação de serviço, o consumidor, frequentemente, passa por um sofrido processo de tentativa de comunicação com o fornecedor. O primeiro desafio é conseguir estabelecer contato com algum responsável ou assessoria do fornecedor, pois não raro os meios de comunicação não são claros. Os mais utilizados são os virtuais ou telefônicos. Após a obtenção de algum meio para contatar por telefone, ao consumidor é oferecida uma série de opções de encaminhamento automático, podendo esperar vários minutos ou horas para conseguir falar com uma figura humana, não sendo raras as transferências para diversos setores ou as interrupções da chamada. Os responsáveis pela comunicação, muitas vezes, oferecem dificuldade de compreensão da situação, de resolução de assuntos simples ou, até mesmo, prometem uma resposta positiva, mas não cumprem ou demoram abusivamente.

Na referida situação, afora o desgaste emocional, o consumidor perde um bem irrecuperável: o tempo. Na sociedade contemporânea, o tempo se reveste de absoluta preciosidade, não só porque resulta em dinheiro, caso empregado com algum trabalho ou desenvolvimento de capacidade. A duração do tempo, nos dias atuais, aparenta-se relativamente curto, restando poucos momentos para o lazer, a companhia da família, a saúde, a atividade física, pois a prioridade é a atividade produtiva que gere recursos financeiros. Portanto, o tempo perdido com a tentativa de resolução de um problema com o fornecedor representa um prejuízo ao consumidor na geração de riqueza ou uma diminuição do período gasto com situações que lhe dão prazer.

Com relação à classificação jurídica do tempo, compreende-se neste trabalho como um bem jurídico, sobre o qual recai a proteção do direito do consumidor. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho,

“Em sentido jurídico, **lato sensu, bem jurídico é a utilidade, física ou imaterial, objeto de uma relação jurídica, seja pessoal ou real.** Ainda em uma perspectiva jurídica, porém em sentido estrito, bem jurídico costuma ser utilizado, por parte da doutrina, como sinônimo de coisa, bem materializado (objeto corpóreo). Os bens jurídicos podem ser definidos como toda utilidade física ou ideal, que seja objeto de um direito subjetivo.”

O tempo, portanto, é bem jurídico *lato sensu*, uma utilidade imaterial, o qual é objeto de uma relação jurídica pessoal.[10] Tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor, que é a parte mais fraca na relação consumerista, cujo tempo é constantemente desperdiçado pelos fornecedores, foi necessária a publicação de um Decreto[11] para determinar as formas minimamente adequadas de tratamento desse bem jurídico pelo serviço de atendimento ao consumidor dos fornecedores:

“Art. 4º O SAC garantirá ao consumidor, **no primeiro menu eletrônico, as opções de contato com o atendente, de reclamação e de cancelamento** de contratos e serviços.

§ 1º A opção de contatar o **atendimento pessoal constará de todas as subdivisões** do menu eletrônico.

§ 2º O consumidor não terá a sua ligação finalizada pelo fornecedor antes da conclusão do atendimento.

§ 3º **O acesso inicial ao atendente não será condicionado** ao prévio fornecimento de **dados pelo consumidor.**

§ 4º **Regulamentação específica tratará do tempo máximo necessário** para o contato direto com o atendente, quando essa opção for selecionada.

Art. 5º O SAC estará **disponível, ininterruptamente, durante vinte e quatro horas por dia e sete dias por semana,** ressalvado o disposto em normas específicas.

(...)

Art. 10. Ressalvados os casos de reclamação e de cancelamento de serviços, o SAC garantirá a **transferência imediata ao setor competente** para atendimento definitivo da demanda, **caso o primeiro atendente não tenha essa atribuição.**

§ 1º A **transferência** dessa ligação será efetivada em **até sessenta segundos.**

§ 2º **Nos casos de reclamação e cancelamento** de serviço, **não será admitida a transferência** da ligação, devendo todos os atendentes possuir atribuições para executar essas funções.

(...)

Art. 12. **É vedado solicitar a repetição da demanda do consumidor após seu registro pelo primeiro atendente.**

(...)

Art. 17. **As informações solicitadas pelo consumidor serão prestadas imediatamente e suas reclamações, resolvidas no prazo máximo de cinco dias úteis a contar do registro.**

Art. 18. **O SAC receberá e processará imediatamente** o pedido de **cancelamento** de serviço feito pelo consumidor.”

A teoria do desvio produtivo ou do tempo útil, desenvolvida por Marcos Dessaune, entende que o tempo é bem jurídico de elevado valor, razão pela qual seu desperdício por um problema criado pelo fornecedor, é dano extrapatrimonial de natureza existencial, indenizável *in re ipsa*.

O termo dano significa lesão a um bem jurídico. O dano, então, pode ser patrimonial, o qual lesiona um aspecto material ou financeiro do indivíduo, ou pode ser extrapatrimonial, o qual atinge a dignidade do indivíduo.

O dano extrapatrimonial, por sua vez, é subdividido em dano moral, estético e existencial. “O dano moral, espécie de dano extrapatrimonial, é comumente definido como a lesão a um dos direitos da personalidade, como a honra, imagem, nome ou identidade.”[12] “Já o dano estético, é qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa.”[13] O dano existencial, por fim, objeto deste estudo, “é a conduta praticada por alguém

que cause à vítima prejuízo à vida pessoal, familiar ou social (...) A vítima tem um prejuízo no seu projeto de vida, no seu projeto familiar.”[14]

O abuso do tempo do consumidor é dano existencial, portanto, por acarretar desvio da atenção e, por que não, de parte da vida do consumidor, em detrimento dos seus propósitos pessoais, para suplicar ao fornecedor a atitude corretiva do seu mau atendimento ou prestação.

Independente da forma como o consumidor deseja usar seu tempo, seja com o trabalho, com a família, ou com até mesmo com o ócio, a usurpação de qualquer período de vida pelo fornecedor em razão de atitude abusiva é indenizável. O tempo pertence a seu detentor, ainda que não utilizado para atividade produtiva. É inalienável; não permite a assunção de sua titularidade por terceiro em razão do seu não exercício em tarefas frutíferas.

“Nesses casos, a indenização pelo dano moral deve ser reconhecida, na medida em que o dano sofrido pela perda do tempo livre se encontra num patamar distinto de meros aborrecimentos cotidianos, bem como de prejuízo material, posto que a perda do tempo de forma desarrazoada, causada por fatores que fogem à vontade e livre escolha do consumidor, não é algo que pode ser devolvido ou recuperado, pois **o tempo perdido não é substituível, não podendo, por isso, ser compensado**. No entanto, pode e deve ser indenizado”.[15] **(Grifo nosso)**.

“Vale dizer, uma indevida interferência de terceiro, que resulte no desperdício intolerável do nosso tempo livre, é **situação geradora de potencial dano, na perspectiva do princípio da função social**.”[16] **Grifo nosso**.

Assim, qualquer subtração arbitrária de tempo do consumidor enseja a indenização por danos extrapatrimoniais, prescindindo de sentimentos de dor, de humilhação e de fracasso daquele. Tais emoções são as consequências do dano, não o dano em si.

A verificação da lesão é objetiva, através da conduta abusiva do fornecedor, a perda do tempo do consumidor e o nexo de causalidade. O prejuízo existencial, dessa forma, é *in re ipsa*, ou seja, presumido, tendo em vista que o consumidor não pode usar seu tempo da forma que bem entende em razão da atitude despótica do fornecedor. A lesão indenizável é a perda do tempo irre recuperável, o desvio do seu projeto de vida.

“O dano moral existe in re ipsa; **deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo**, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum”[17].

A subtração do tempo indenizável independe de valorações acerca do perfil do consumidor, ou seja, se aposentado, se trabalha oito horas por dia ou se permaneceu um mês em isolamento domiciliar em virtude de uma pandemia. Qualquer minuto do consumidor deve ser utilizado de acordo com sua livre vontade, valorado de acordo com sua consciência, sem justificativas para usurpação de outrem. A justiça da indenização é verificada pela presença do fato ofensivo, segundo o seguinte esquema:

Comportamento abusivo do fornecedor

Perda do tempo do consumidor

Nexo de causalidade

Deve ficar claro, nesse contexto, que a Teoria do Mero Aborrecimento, apresentada na revisão bibliográfica, ainda é aplicada na jurisprudência atual, afinal não é qualquer descumprimento contratual que gera dano aos direitos de personalidade:

**“A negativa de cobertura** pela Ré, ora Apelada, quanto ao fornecimento de exame médico a que deveria ser submetido o paciente, **ainda que indevida, não enseja a configuração de danos morais passíveis de reparação pecuniária.**

Inexistem dúvidas de que o dano moral constitui o prejuízo decorrente de dor imputada à pessoa e que provoca constrangimento, mágoa ou tristeza em sua esfera interna em relação à sensibilidade moral.



Desse modo, a dor moral, decorrente da ofensa aos direitos da personalidade, apesar de ser deveras subjetiva, **deve ser diferenciada do mero aborrecimento**, ao qual estamos sujeitos.

Para que incida o dever de indenizar por dano moral, **o ato tido como ilícito deve ser capaz de imputar um sofrimento físico ou espiritual**, impingindo tristezas, preocupações, angústias ou humilhações, servindo a indenização como forma de recompensar a lesão sofrida.

A esse respeito, inexistente o dever de reparar quando a vítima submete-se a **meros aborrecimentos decorrentes de inadimplementos contratuais e insatisfações atinentes à vida em sociedade, incapazes de lhes afetar o psicológico**, não se prestando a adentrar o núcleo protetivo imaterial dos direitos da personalidade da pessoa humana, inexistindo, pois, dano moral, sendo exatamente esse o caso dos autos.

No caso em exame, a negativa apresentada ao paciente certamente lhe causou sentimentos de insatisfação, angústia e até intolerância. Entretanto não ficou evidenciada a ocorrência de sofrimento físico exagerado e, por consequência, abalo emocional.”[18]

Contudo, houve expressiva mudança de entendimento jurisprudencial nos parâmetros de aplicação da Teoria do Mero Aborrecimento e da Teoria do Desvio Produtivo. Acontecimentos que antes eram considerados como um dissabor normal da vida moderna, atualmente, foram classificados como lesão ao tempo útil do consumidor, podendo ser indenizados, independente da geração de sentimento de sofrimento exagerado ao consumidor:

“Tenho, em acréscimo, como incontroverso o fato de **o Autor**, em razão da falha manifestada pelo serviço, **ter buscado a solução do problema durante tempo considerável, efetuando dezenas de ligações - conforme protocolos** indicados na inicial e não impugnados pela parte contrária - com esse objetivo.

Sabe-se que para fazer jus a indenização por dano moral, é assente a jurisprudência pátria no sentido de que **não precisa o autor comprovar o seu sofrimento, que se presume.**

Basta que faça prova de fato que, ao senso comum, tenha o efeito de causar abalo emocional anormal, resultante de sofrimento por natural revolta, tristeza, angústia e impotência.

Em tais condições, **evidente se mostra que a Autor não sofreu mero aborrecimento, comum do cotidiano. Na verdade, foi desrespeitada em seu direito de consumidor.**

O que ela experimentou, a meu aviso, constituiu situação suficiente para ensejar danos morais, pelos sentimentos supramencionados, pois foi submetida - como já mencionado - a **uma espécie de via crucis na tentativa de resolver a questão, uma vez obrigada a realizar dezenas chamadas telefônicas e reclamações perante agência reguladora, tendo, ao final, frustrado seu objetivo.**[19]

Nem toda situação de uso do tempo do consumidor, portanto, é uma lesão ao seu direito existencial, sob pena de transformar a parte vulnerável em carrasco, em evidente abuso do direito. O fornecedor, muitas vezes representado por pessoa jurídica de grande expressão, é também composto por seres humanos, falíveis por excelência. Assim, erros ingênuos podem acontecer no cotidiano dos consumidores.

Até mesmo o decreto mencionado neste artigo consagra a possibilidade de ocorrência de equívocos, pois disciplina a forma como o consumidor deve ser atendido pelo fornecedor para correção dos erros e como deve ser feita a resolução do problema.

Conforme já evidenciado, a forma como o consumidor usaria seu tempo, caso não tivesse que resolver a situação conflitiva, não interfere na verificação do dano. O tempo pertence a seu titular, e a avaliação da qualidade da sua utilização apenas interessa ao seu detentor, como um projeto de vida. O que condiciona a existência da lesão, entre outros fatores, é a relação quantitativa do tempo. Dessa forma, a verificação de inúmeras tentativas de resolução (conforme o último julgado citado) é indício do desvio arbitrário do tempo. Ainda que existisse uma única ligação telefônica, mas sua duração fosse demasiadamente longa, seria um indício do abuso.

Contudo, não basta que o consumidor disponibilize seu tempo, é necessário que sua solicitação seja pertinente e que o contato não decorra de equívoco do consumidor. Obviamente, embora efetue vários contatos com o fornecedor sem resolução do problema a seu contento, não há dano indenizável,

caso o consumidor não detenha a razão na situação ou caso o problema tenha originado do seu próprio ato.

Assim, ainda que a verificação do dano necessite de uma avaliação quantitativa do tempo oferecido, é inevitável a verificação do caso concreto, com as ponderações das circunstâncias ensejadoras do imbróglio, como as condutas das partes e a análise do núcleo do direito em questão.

Fato é que a análise do tempo como bem jurídico foi paulatinamente valorizada pela jurisprudência e pela doutrina, para proteger os projetos existenciais dos consumidores perante a desconsideração do fornecedor.

A doutrina do desvio produtivo, portanto, ainda que em seus primórdios, já produziu mudança social, no sentido de chamar a atenção do fornecedor para o dever de eficiência, o que ainda não tinha sido tão largamente observado apenas com a legislação consumerista e o decreto do *"call center"*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo pretendeu apresentar o conceito da Teoria do Desvio Produtivo, de elaboração de Marcos Dessaune, bem como as definições dos demais autores que abordaram o tema. Objetivou-se também a definição da Teoria do Mero Aborrecimento.

Com o avanço da jurisprudência, foi possível observar uma mudança de aplicação fática das teorias citadas, tendo em vista o crescente empoderamento do consumidor, com valorização do seu tempo.

Procurou-se estabelecer requisitos para aplicação adequada da Teoria do Desvio Produtivo, tendo em vista seu caráter objetivo, mas sem desconsiderar que a análise do caso concreto é imprescindível.

O tempo foi definido como bem jurídico, cuja violação injusta acarreta dano extrapatrimonial de caráter existencial.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE. André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral em caso de descumprimento de Obrigação Contratual**. 2002. Disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=a2768f6d-cc2b-4bc6-bc84-d02365e35763&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=a2768f6d-cc2b-4bc6-bc84-d02365e35763&groupId=10136)

BAROCELLI, Sergio Sebastián. **Cuantificación de daños al consumidor por tiempo perdido**. Revista de Direito do Consumidor, v. 90, p. 119, 2013.

BRASIL. **Decreto n. 6.523**, de 31 de julho de 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2007-2010/2008/Decreto/D6523.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Decreto/D6523.htm)

BRASIL. **Lei n. 8.078**, de 1 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)

BRASIL. **Constituição Federal**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

**DESSAUNE, Marcos**. Um panorama sobre a teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-11/dessaune-teoria-aprofundada-desvio-produtivo-consumidor>

**DESSAUNE, Marcos**. **Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DOS SANTOS, Dione Conceição. **Dano existencial como espécie autônoma de dano extrapatrimonial**. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/24560/1/SANTOS%2C%20Dione%20Concei%C3%A7%C3%A3o%20dos%2C%20-%20Dano%20Existencial%20como%20esp%C3%A9cie%20aut%C3%B4noma%20de%20dano%20extrapatrimonial..pdf>

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: abrangendo os Códigos Civis de 1916 e 2002**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GERMANO, Luciana. **Dano Extrapatrimonial nas Relações de Emprego à luz da Reforma Trabalhista e a Questão do Tabela das Indenizações**. 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/10222/1/lucianagermano.pdf>

GUGLINSKI, Vitor. **Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade**. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21753>.

MELNISK, Elvis Jakson. O desvio produtivo nas relações de consumo. 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10985/O-desvio-produtivo-nas-relacoes-de-consumo>

STOLZE, Pablo. **Responsabilidade civil pela perda do tempo**. *Revista Jus Navigandi*. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23925>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 844.736** – DF. Relator para o Acórdão: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Data de Publicação: 27/10/2009. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200600946957&dt\\_publicacao=02/09/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600946957&dt_publicacao=02/09/2010)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1737412/SE**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. publicação em 08/02/2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201700670718&dt\\_publicacao=08/02/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700670718&dt_publicacao=08/02/2019)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível 1.0000.19.038985-8/001**. Relator: Márcio Idalmo Santos Miranda. 9ª Câmara Cível. Data de publicação: 10/6/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível 1.0145.15.001216-2/001**. Relator Desembargador Manoel dos Reis Morais. 20ª CÂMARA CÍVEL. Data de publicação: 5/3/2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível 1.0879.14.001717-6/001**. Relator: Desembargador Márcio Idalmo Santos Miranda. 9ª Câmara Cível. Data de publicação: 13/3/2020.

VALENTE, Márcio de Carvalho. A indenização por dano moral como meio de combate à negligência lucrativa das grandes empresas. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/266360/a-indenizacao-por-dano-moral-como-meio-de-combate-a-negligencia-lucrativa-das-grandes-empresas>

NOTAS:

[1] **DESSAUNE**, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[2] **GUGLINSKI**, Vitor. **Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade**. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21753>.

[3] **BAROCELLI**, Sergio Sebastián. **Cuantificación de daños al consumidor por tiempo perdido**. Revista de Direito do Consumidor, v. 90, p. 119, 2013. “La pérdida de tiempo implica también un desgaste moral y un trastorno espiritual para el consumidor, quien debe desatender sus para enfrascarse en una lucha en al que está

casi siempre en clara desigualdad de condiciones frente al proveedor, en razón de la debilidad y vulnerabilidad estructural en que se sitúan los consumidores en las relaciones de consumo. [...] En el ámbito del derecho del consumidor, de conformidad con las previsiones de los artículo 42 de la Constitución Nacional y 8 bis de la LDC, constituye un supuesto particular indemnizable el incumplimiento del derecho al trato digno y equitativo por parte de los proveedores de bienes y servicios”.

[4] ANDRADE. André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral em caso de descumprimento de Obrigação Contratual.** 2002. Disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=a2768f6d-cc2b-4bc6-bc84-d02365e35763&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=a2768f6d-cc2b-4bc6-bc84-d02365e35763&groupId=10136)

[5] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1737412/SE**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. publicação em 08/02/2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201700670718&dt\\_publicacao=08/02/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700670718&dt_publicacao=08/02/2019)

[6] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível 1.0145.15.001216-2/001**. Relator Desembargador Manoel dos Reis Morais. 20ª CÂMARA CÍVEL. Data de publicação: 5/3/2020.

[7] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Editora Atlas, 2009.

[8] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 844.736** – DF. Relator para o Acórdão: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Data de Publicação: 27/10/2009. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200600946957&dt\\_publicacao=02/09/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600946957&dt_publicacao=02/09/2010)

[9] DESSAUNE, Marcos. **Um panorama sobre a teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor. 2019.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-11/dessaune-teoria-aprofundada-desvio-produtivo-consumidor>

[10] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: abrangendo os Códigos Civis de 1916 e 2002.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

[11] BRASIL. **Decreto n. 6.523**, de 31 de julho de 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2007-2010/2008/Decreto/D6523.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Decreto/D6523.htm)



[12] **VALENTE, Márcio de Carvalho.** A indenização por dano moral como meio de combate à negligência lucrativa das grandes empresas. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/266360/a-indenizacao-por-dano-moral-como-meio-de-combate-a-negligencia-lucrativa-das-grandes-empresas>

[13] DOS SANTOS, Dione Conceição. **Dano existencial como espécie autônoma de dano extrapatrimonial.** 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/24560/1/SANTOS%2C%20Dione%20oncei%C3%A7%C3%A3o%20dos%2C%20-%20Dano%20Existencial%20como%20esp%C3%A9cie%20aut%C3%B4noma%20de%20dano%20extrapatrimonial..pdf>

[14] GERMANO, Luciana. **Dano Extrapatrimonial nas Relações de Emprego à luz da Reforma Trabalhista e a Questão do Tabelamento das Indenizações.** 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/10222/1/lucianagermano.pdf>

[15] **MELNISK, Elvis Jakson.** O desvio produtivo nas relações de consumo. 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10985/O-desvio-produtivo-nas-relacoes-de-consumo>

[16] STOLZE, Pablo. **Responsabilidade civil pela perda do tempo.** Revista Jus Navigandi. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23925>.

[17] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Editora Atlas, 2009.

[18] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível 1.0879.14.001717-6/001.** Relator: Desembargador Márcio Idalmo Santos Miranda. 9ª Câmara Cível. Data de publicação: 13/3/2020.

[19] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível 1.0000.19.038985-8/001.** Relator: Márcio Idalmo Santos Miranda. 9ª Câmara Cível. Data de publicação: 10/6/2019.

## **A EVOLUÇÃO DA ALIENAÇÃO E INSTRUMENTALIZAÇÃO DO CRIME SEGUNDO DOSTOIÉVSKI**

**DRIAMAR CARLOS PRIMILA:**

Bacharelando no curso de Direito da Universidade Brasil. Campus Fernandópolis - SP.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Ademir Gasques Sanches e Coorientadora Prof<sup>a</sup>. Me. Márcia Kazume Pereira Sato.

**RESUMO:** Trata-se de um trabalho que tem por finalidade apresentar as transformações morais da sociedade, motivadas pelas evoluções ocorridas graças às influências de uma época e suas possíveis consequências no seio da sociedade ao longo do tempo. Temos como referencial as obras literárias de um grande e influente autor russo Feóder Mikhalovitch Dostoiévski. Partindo de "Crime e Castigo", temos o precedente do ideal hierárquico, mais a frente passamos por os "Irmãos Karamazov" e logo chegamos no ideal que irá afluir de maneira dantesca dando origem a Segunda Guerra Mundial. Vemos que a perda da moral, que para o autor simboliza o caos interior, irá gerar um distanciamento social levando o homem a um labirinto psicológico que irá fazer com que deseje voltar a civilidade. Temos também como pano de fundo a empatia e o "phatos", conjunto que, ao longo do trabalho, parece se mostrar indivisível a alguns seres humanos, mesmo aos que se convencem de sua superioridade para justificar o extermínio daqueles que são julgados inferiores e por isso descartáveis socialmente. Veremos que a marca registrada do autor é o castigo aos que revogam as leis morais e impõe a pena capital aos que são julgados como sub-humanos, como eram chamados pelos nazistas. E por fim chegamos aos dias atuais onde o ser humano continua a exterminar, mas agora com drones

**Palavras-chave:** Moral, Empatia, alienação

**ABSTRACT:** It is a work that aims to present the moral transformations of society, motivated by the developments that occurred thanks to the influences of an era and its possible consequences within society over time. We have as reference the literary works of a great and influential Russian author Feóder Mikhalovitch Dostoiévski. Starting from "Crime and Punishment", we have the precedent of the hierarchical ideal, later on we pass by the "Karamazov Brothers" and soon we arrive at the ideal

that will flow in a Dante way giving rise to World War II. We see that the loss of morality, which for the author symbolizes the inner chaos, will generate a social distance leading man to a psychological maze that will make him want to return to civility. We also have as a backdrop empathy and "phatos", a set that, throughout the work, seems to be indivisible to some human beings, even to those who are convinced of their superiority to justify the extermination of those who are considered inferior and for this socially disposable. We see that the author's trademark is punishment for those who repeal moral laws and imposes capital punishment on those who are judged as subhuman, as they were called by the Nazis. And finally we come to the present day where the human being continues to exterminate but now with drones

**Keywords:** Moral, Empathy, Alienation

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A EVOLUÇÃO DA ALIENAÇÃO E INSTRUMENTALIZAÇÃO DO CRIME SEGUNDO DOSTOIEVSKI. 2.1 A UNICIDADE ENTRE AUTOR INTECTUAL E EXECUTOR. 2.2 A ALIENAÇÃO E A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO TRABALHO LETAL. 3 CRIMES SEM CASTIGOS. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5 REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho relata a evolução dinâmica e histórica da alienação do trabalho letal no entendimento visionário de Feóder Mikhalovitch Dostoiévski em suas obras ""Crime e Castigo"" e ""Os ""Irmãos Karamazov""", chegando até a atualidade com a banalidade do mal. A princípio, temos um estudante de Direito em ruína tentando elevar sua moral, às custas do que chamo ""assepsia social"", ao planejar o assassinato de uma senhora; emblemático é o fato de ser um estudante de Direito o que nos leva a raciocinar que não é na capacidade intelectual que geralmente vamos encontrar os melhores exemplos de moral e civilidade. No passo seguinte, em os ""Irmãos Karamazov"", mais uma vez para reafirmar a tese discutida, temos um jovem intelectual que instiga seu irmão a assassinar seu pai, mas agora, além da finalidade de limpeza social, segundo o que ele mesmo acredita, tem também como objetivo herdar as riquezas do pai e conquistar com bens o carisma de uma jovem. Em ambos os casos vemos o ideal de hierarquia humana, um ideal de supremacia perante os demais. Importante ressaltar o quanto essa ideia tem sido disseminada, propagada e como até os dias de hoje influencia negativamente as novas gerações. Logo em seguida, quase que em resposta às obras do autor, teremos a Segunda Guerra Mundial liderada por Hitler, com base no mesmo ideal hierárquico do jovem estudante de Direito. Para justificar a morte de milhões de judeus, Hitler consegue impor uma ideia a toda uma nação de que judeus, gays, negros, ciganos ou aqueles que não fossem da raça ariana teriam que ser considerados descartáveis e não

merecedores de viver com dignidade ou mesmo merecedores de um pouco de compaixão. Dostoiévski um jogador compulsivo, como é possível ver em seu livro “O Jogador”, simplesmente analisou as influências que surgiam em sua época e lançou as probabilidades das consequências a que tudo isso levaria à nova sociedade.

Entretanto, ele não conseguiu prever os crimes sem castigo a que vivemos hoje. Extremamente religioso, todas as suas personagens são mutiladas com o trauma e a empatia da culpa frente ao corpo que cai, como veremos na personagem Raskolnikov. Seus condenados anseiam pela redenção, sentem a dor moral do crime que cometeram e assim foi com alguns soldados alemães na Segunda Guerra Mundial.. Mas chegamos ao século atual em que é possível exterminar e não presenciar a dor alheia, não sofrer ante o corpo mutilado, pois o executor está cada vez mais distante do local da destruição e graças a novas armas de guerra, os drones militares são armados com mísseis supersônicos. No campo de batalha não resta mais um corpo contorcido para se ter empatia, na verdade não sobra nada a não ser alguns escombros.

O autor nos motiva a sermos civilizados e a entender que regras simples de convivência que devem ser absorvidas para o íntimo para que não só façamos parte da sociedade, mas também para que a civilidade nos permeie nos toque e que quando deixamos de segui-las pode acontecer a perda dessa civilidade e o caos interno causara um desequilíbrio natural. A empatia com o próximo regida pelo não matar do autor é inspirada nas Doze Tábuas de Moisés, o princípio da lei moral e da lei legal, as regras básicas para a convivência social entre os direitos e os deveres de uma sociedade. Ele nos alerta a não perdemos nossa humanidade ante às novas formas de pensamento e visão do mundo moderno. Diante disto, temos o desafio de nos amoldarmos às novas tendências, às novas descobertas como a Teoria da Evolução de Charles Darwin que para alguns é a desconstrução de Deus, ou seja, que a vida é um acaso em eterna evolução e por conseguinte uma revogação natural do não matarás.

## **2 A EVOLUÇÃO DA ALIENAÇÃO E INSTRUMENTLIZAÇÃO DO CRIMES SEGUNDO DOSTOIEVSKIUNDO**

### **2.1 A UNICIDADE ENTRE AUTOR INTELECTUAL E EXECUTOR**

O livro “Crime e Castigo” do escritor russo Feóder Mikhalovitch Dostoiévski, lançado no ano de 1866, ou seja, há mais de cento e cinquenta anos continua, como toda boa literatura, a ser atual, útil e de grande valia a todo estudante da área jurídica, pois, além de abordar o comportamento humano usando como exemplo um estudante de Direito, descrevendo detalhadamente fatores sociais e psicológicos que

o levam a cometer um homicídio, o livro também nos remete a um momento histórico de transição com o advento da então desconstrução de Deus advinda do livro "A Origem das Espécies" do escritor Britânico Charles Darwin que apresentou ao mundo sua teoria da evolução junto com ainda existentes resquícios de influência da Era Napoleônica que se iniciou em 1799 e foi até 1815. Amalgamadas tais ideias, Dostoiévski tem uma percepção futurista quanto a engrenagem moral que se desprendia e se modificava com as novas tendências do comportamento humano e social. Vacuidade de valores, relativismo ético e uma forte tendência ao niilismo. O escritor russo, dotado de uma acuidade sem igual, cria uma personagem que traz no nome esse desprendimento do senso moral, Raskolnikov em russo quer dizer cisão. Nesse caso, cisão com a moral, cisão com os valores éticos, entre outros. Tendo como inspiração o mercado central de São Petersburgo, um lugar violento e miserável onde as pessoas conviviam com cafetões, ladrões, prostitutas e todo tipo de indiferença social. No romance temos Raskolnikov como personagem central que, influenciado pela era napoleônica, cria em sua mente a existência de seres napoleônicos, seres extraordinários que tem por direito hierárquico superioridade sobre os seres inferiores, ou seja, os seres ordinários. Naturalmente, ele, um jovem estudante de Direito, com todo vigor em alta, se eleva ao patamar de ser extraordinário e uma vez colocado a tal nível evoca para si o direito de eliminar do mundo uma pessoa que em sua concepção é repugnante e descartável. Entretanto o jovem estudante, em seu delírio de superioridade, na verdade está em constante dificuldade financeira a ponto de ter que abandonar o curso de Direito e empenhorar alguns objetos de valor para poder se alimentar e pagar o aluguel de onde mora.

Diante da situação, o estudante resolve desempenhar seu papel de ser extraordinário matando a usuraria que penhora seus pertences que a seu ver, além de lhe explorar, é uma pessoa má e que, desprezivelmente maltrata a irmã. Tal pessoa só pode ser um indivíduo ordinário, portanto, um ser descartável. O que na verdade há ali é uma revogação da lei de Moisés: o não matarás. E uma das consequências justificáveis que pode resultar tal revogação. Deste momento em diante o autor nos relata de forma drástica, porém a nível real, o que no mundo jurídico é conhecido como fase *inter criminis*. Dividido em três fases: cogitação, que na verdade é o simples pensamento do crime; a preparação, que no nosso presente caso ainda não é um fato tipificado e a execução do crime, que é a consumação e a complementação do fato típico antijurídico. Conforme o conceitua Cezar Roberto Bitencourt *inter criminis*.

Todo ato humano voluntário, no crime a ideia antecede a ação é no pensamento do homem que se inicia o movimento delituoso, e a sua primeira fase é a ideação e a resolução criminosa. Há um caminho que o crime percorre, desde o

momento que germina, como ideia, no espírito do agente, até aquele em que se consuma no ato final. A esse itinerário percorrido pelo crime, desde o momento da concepção até aquele em que ocorre a consumação, chama-se iter criminis e compõe-se de uma fase interna (cogitação) e de uma fase externa (atos preparatórios, executórios e consumação), ficando fora dele o exaurimento, quando se apresenta destacado da consumação. *BITENCOURT, Cezar Roberto* (2012, p.522).

Raskolnikov é levado pelo autor a um verdadeiro emaranhado psicológico de cogitação, preparação e execução do assassinato, destacando como ponto principal que ele, o estudante, se considera um ser superior comparado ao “piolho”, segundo suas palavras se referindo a Alena Ivanovna. Na primeira fase, ou na fase interna, ele se convence através de devaneados pensamentos superiores de que precisa matar aquela velha repugnante e que isso não seria dentro de seu entendimento um crime, mesmo tendo a consciência de que poderia ser punido por isso, afinal não se precipita a simplesmente ir e liquidar a velha, mas maquina por alguns dias qual a melhor maneira para fazê-lo. Neste ponto podemos destacar duas teorias: a primeira do filósofo Thomas Hobbes (1558-1679) de que o homem nasce mau e por isso precisa de um Estado autoritário, que dite as regras, as normas de convivência e aqui parece totalmente plausível encaixar esse pensamento ao estudante; em contra partida, temos a teoria de Rousseau de que o homem nasce bom e que o meio é que o desvirtua, sendo também de perfeito encaixe ao nosso caso. Verdade é que é aceitável que tal dúvida pairava na mente do autor e que de forma escatológica a eternizou sob o manto de um assassinato. Na segunda fase, a fase da preparação, vemos o intelecto do estudante trabalhando para não ser descoberto em seu crime o que de certa forma contradiz a sua certeza de ser superior. Mesmo em seu delírio, Raskolnikov tem a clareza do seu ilícito aos olhos da sociedade, mesmo que em tempos obscuros. E por fim, temos a última fase que é a fase da execução da consumação, o que irá completar o *Inter criminis* e dar corpo ao fato típico antijurídico: o assassinato de Alena Ivanovna. Com um machado, o jovem estudante a executa friamente, porém, ele tem que lidar com o fato de que a irmã da velha presencia o assassinato e então precisa matá-la também e, de forma fria e cronológica, a executa cruelmente. Temos, de forma simbólica, a revogação do não matará. Entretanto, conforme mencionei acima, a agudeza de percepção de Dostoiévski o leva mais além em termos gerais das influências mal interpretadas por seus contemporâneos. Ele visualiza de forma que só os gênios conseguem enxergar a instrumentalização do crime em seu livro “Os Irmãos Karamazov”, lançado em novembro de 1880. Se graças ao niilismo e a deficiência moral ética então retratada pelo autor surge um estudante com ares de homicida, por outro



lado ele percebe que num futuro não muito distante essa vontade de eliminar os inferiores por parte dos aclamados superiores poderá ser delegada a subalternos. O que realmente se efetiva na história com a Segunda Guerra Mundial, nos campos de concentração. Porém, para entendermos melhor, precisamos compreender o que aconteceu após a consumação do crime. Verdade que o assassino não conseguiu se manter ao patamar de seu grande inspirador Napoleão Bonaparte, que não se arrependia do sangue derramado em suas tantas batalhas e começou a viver uma verdadeira tortura psicológica de arrependimento. Mesmo mergulhado em seu niilismo, o algoz estabelece uma empatia ante o rosto contorcido, ante o corpo que sofre. Em algumas ocasiões não se sabe se seu arrependimento é por enfim não se ver mais como um ser extraordinário ou mesmo por ter tirado uma vida. Raskolnikov carrega a culpa, não consegue festejar seu objetivo alcançado e devido a isso começa a deixar pequenos rastros que o incrimina, como que se inconscientemente desejasse a expiação, a punição por seu ato hediondo. O autor deste ponto em diante nos relata de forma desnuda o íntimo sofrimento de culpa e arrependimento a que o ser humano pode chegar quando se desprende de seu senso moral. Raskolnikov, que era um jovem vivaz, começa a definhar e auto impõe um degredo perante a sociedade, começa a viver escondido pelos arrabaldes da cidade, vive um terror febril sem paz, sem harmonia consigo. Ele deseja profunda e sinceramente voltar ao seio da sociedade, fazer parte do que foi privado a partir do assassinato. Anseia pela terceira fase da tríplice finalidade da pena de nosso Código Penal. A tríplice finalidade da pena prevista em nosso Direito Penal é classificada em retributiva, preventiva e ressocializadora. Vejamos o conceito de Flávio Augusto Monteiro sobre cada uma dessas previsões:

**1) a prevenção geral** atua antes mesmo da prática de qualquer infração penal, pois a simples cominação da pena conscientiza a coletividade do valor que o Direito atribui ao bem jurídico tutelado;

**2) a prevenção especial e o caráter retributivo** atuam durante a imposição e execução da pena;

**3) finalmente, o caráter reeducativo** atua somente na fase de execução. Nesse momento, o escopo é não apenas efetivar as disposições da sentença (concretizar a punição e prevenção), mas, sobretudo, a ressocialização do condenado, isto é, reeducá-lo para que, no futuro, possa reingressar ao convívio social. (BARROS, Flávio Augusto Monteiro (2006, p. 440).

O que é relatado no livro nos leva a crer que, dentre as três previsões da finalidade da pena, Raskolnikov, como dito anteriormente, ansiava pela terceira, ou seja,

voltar a ter paz e ser parte integrante do todo e esse era um item subjetivo, algo que existia somente em sua vontade, embora exteriorizasse em pequenos detalhes, ainda assim tinha certo receio em tornar público sua atitude. Somente vindo a fazê-lo depois de conhecer Sonia. Personagem emblemática, Sonia era o reflexo de Raskolnikov no verdadeiro sentido da palavra, pois era uma moça que sofria na pele as dores da miséria humana, não somente nas dificuldades financeiras, mas moral e eticamente. Quase que as mesmas dificuldades dele, entretanto, como mencionado, ela era o retrato do jovem, porém ao inverso, já que era um ser que, mesmo vivendo em meio a mancha da promiscuidade, conseguia manter-se alva, de coração íntegro. Enquanto ele aproveitou o meio caótico em que vivia e as influências da época para se tornar um homicida que revogou o decálogo de Moisés: o não matarás. Ela, por sua vez, coloca em cheque as teorias de Rousseau e Hobbes, afinal, mesmo sem ter a índole necessária, se torna uma prostituta. Levada pelo meio miserável e caótico em que vivia, sem estabilidade familiar, se vendia para ajudar a tratar dos irmãos e até mesmo do pai alcóolatra. Ainda assim não perde seu senso moral e ético.

O autor nos relata suas inquiuições sobre o meio social, o momento histórico e em como o caráter pode ser perpétuo ou moldado por tais influências. Sonia, que é apresentada em uma figura feminina, de complexão frágil e exposta a todo tipo de dificuldade, representa o caráter e a determinação humana frente as suas crenças e suas descrenças, na mesma vertente tenta nos convencer da necessidade de respeitar as doze tabuas de Moisés e de que como poderíamos adentrar em um inferno civil sem respeito aos valores éticos que o decálogo de Moisés nos proporciona e, mesmo que não importássemos com tais leis, ainda assim teríamos que ter intimamente esse senso moral de respeito ao próximo. Assim, Sonia, a prostituta, o leva a caminho da ressocialização, antes lhe fortalecendo o espírito, lecionando para ele o livro que para ela representa a liberdade, mas, não a liberdade corporal, mas a liberdade maior, interior sem a necessidade do ambiente exterior: a bíblia. Raskolnikov perdeu sua humanidade sem nem mesmo saber que possuía uma, levado pelas influências de sua época, lembrando que humanidade no sentido literal, no sentido harmônico entre indivíduo e o desejo e a necessidade de viver em sociedade. Então Dostoiévski vem a seu auxílio apresentando-lhe Sonia que o convence a se entregar e pagar pelo crime hediondo que cometeu para então poder voltar ao convívio social novamente de forma plena. Para o escritor, a bíblia é o que as leis, normas e regras contidas no *Vade Mecum* são para o advogado, um livro que representa as regras de convivência social, as leis civis enviadas diretamente do legislador maior que serve de guia quando o indivíduo se perde socialmente. Em seu entendimento, quando essas leis são violadas, ocorre um desequilíbrio pessoal que começa no interior, logo afetando o exterior do transgressor. Ou seja, Dostoiévski, que é um sensível conhecedor da natureza humana, nos leva em seu livro a resultados sociais, morais, éticos e psicológicos que sua época

levou a humanidade. Um ser humano que aspira superioridade, que logo não consegue dormir em paz pelo fato de ter eliminado outro ser humano que por aquele era considerado inferior. Tais fatos veremos décadas depois na Segunda Guerra Mundial. Importante destacar neste ponto outro livro do autor que é um complemento de ideias quanto a cronologia do que seguiu ante as influências evolucionistas e napoleônicas daquela época. Em "Os Irmãos Karamazov", temos o distanciamento o deslocamento entre autor e executor, há uma delegação da tarefa letal justamente para se evitar o que houve com Raskolnikov. O abalo psicológico, a empatia ante o corpo que sofre e cai, a tortura emocional e o narcisismo ferido tendem a ser evitados para se manter o "status a quo" de ser superior. É necessário ao ser superior manter seu niilismo até as últimas consequências. O autor faz um refinamento do sadismo de nossa época. Assim como em "Crime e Castigo", o nome da família já nos traz em sua raiz um significado para o desenrolar da trama. "Kara" em russo tem o significado de punição ou castigo, enquanto que "Mazat" tem o significado de sujar ou não acertar. Em uma tradução livre teremos: aquele que com seu comportamento errante vai tecendo a sua própria desgraça. No referido livro temos o patriarca devasso e dois dos seus três filhos que lutam pela compra do amor de uma bela jovem tendo como desfecho a morte do patriarca. Fiódor Pavlovitch Karamazov. O pai é um devasso que subiu na vida principalmente devido aos dotes de suas duas mulheres - ambas mortas de forma precoce e à sua mesquinha. Sua vida é regrada de orgias e bebedeiras. Trata os filhos de uma forma que o carrasco trata suas vítimas. Dmitri Fiodorovitch Karamazov, que é o filho mais velho, é criado primeiramente pelo empregado que mora em uma isbá ao lado de sua casa e depois por Miússov, parente de sua falecida mãe. É o mais mundano, o mais mulherengo, aquele que as mulheres desejam; e Ivan Pavlovitch Karamazov, o grande ateu intelectual, que pensa sobre o pai o mesmo que Raskolnikov pensou sobre a usuraria, ou seja, qual utilidade desse "piolho" que atende pelo nome de meu pai. Destacando que esse pai é descrito como "p" minúsculo em contrapartida ao Pai com "P" maiúsculo da igreja católica protestante e ortodoxia representando aqui uma simbologia da perda do sagrado por parte do patriarca que era tido naquela época como o símbolo máximo, o cabeça da família e da sociedade. O patriarca representava o equilíbrio entre o que é moral e o imoral. Temos ainda Alexei Fiodorovitch Karamazov que é o contrapeso da família por ser puro e sensato vai morar em um mosteiro e por fim, e mais importante temos o irmão bastardo Smerdyakov, filho de um estupro, de uma doente mental que mora jogada na fazenda da família. E tal crime surge depois de mais um dia de bebedeira e orgias em que o patriarca aposta com os amigos que é capaz de cometer o estupro. Vemos que o autor nos leva a crer que realmente o pai é um verdadeiro crápula digno do mais alto desprezo humano. E de forma simbólica o fruto do estupro carrega em seu nome o peso de sua existência: smerdy, que em russo significa malcheiroso; e, eufonicamente, smerdy lembra merda. É

Ivan quem vai aspergir, propagar a ideia do assassinato do pai. Ele deseja sua morte para enfim ficar com a herança e poder comprar a simpatia de Gruchénka.

Entretanto, mesmo sendo de uma família devassa, Ivan é um intelectual, um nobre decadente que aspira a uma vida em sociedade, por isso ele mesmo não pode efetivar o assassinato. Desse modo, dissemina a ideia por entre os irmãos e contrário a ele, Smerdyakov, nascido de um ato violento que vive como vassalo na fazenda do pai, sem educação ou mesmo esperança de um futuro melhor, não tem nada a perder, desta forma a ideia que não germina em Dmitri tão pouco em Alexei, fecunda em Smerdyakov e ele vem a assassinar o estuprador de sua mãe: seu pai. Veja que Ivan não dá uma ordem, tampouco paga para que o outro mate o pai, mas o instiga usando de questionamentos passionais para que ocorra a letalidade. Dostoievski antevia o desenfreamento das novas gerações advindas das influencias de sua época. Se em *“Crime e Castigo”* um único indivíduo efetua sozinho as três fases do *inter criminis* e sofre ante a dor alheia, em *“Os Irmãos Karamazov”* há uma ruptura entre o planejamento intelectual e a execução a fim de se evitar o desgaste emocional e psicológico de quem deseja o crime. Entretanto, ao fim, com a morte do pai, mesmo não tendo sujado sua mão de sangue, Ivan enlouquece. É o resultado esperado de Dostoievski e dado à sociedade de forma simbólica a perda da moral, segundo o autor. Em nosso ordenamento podemos encontrar essa previsão na teoria do domínio do fato que Fernando Capez define da seguinte forma:

Com relação ao concurso de pessoas, a teoria do domínio do fato traz uma perspectiva a fim de auxiliar na identificação do autor, coautor ou partícipe de determinada ação delituosa.

Embora sua origem esteja em Hans Welzel (1939), foi Claus Roxin, ao elaborar sua tese em 1963, quem proporcionou à teoria um efetivo direcionamento, buscando demonstrar a aplicação mais adequada ao caso concreto. Nesse contexto, vale lembrar o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal Alemão (Bundesgerichtshof) no famoso caso dos atiradores do muro de Berlim (Der Mauerschützen-Prozesse), no qual a tese foi aplicada para determinar a autoria das autoridades políticas que davam a ordem para que se atirasse em quem estivesse na iminência de cruzar a fronteira para fugir para a Alemanha Ocidental. Até então, a jurisprudência alemã identificava e condenava como partícipe o agente que dava o comando para a execução de uma ação criminosa específica, e essa foi a razão que incentivou o desenvolvimento da teoria por Claus Roxin. Desse modo, para Roxin, se o agente tem

consciência da ação que será executada, poder de determinar a sua execução e poder de determinar sua interrupção até a produção do resultado final, deve ser considerado seu autor, ainda que não tenha realizado o verbo ou núcleo do tipo. O chefe da SS nazista que autoriza a eliminação física de seres humanos em campos de concentração é considerado coautor, ainda que não tenha executado pessoalmente o homicídio nem determinado especificamente um a um a sua prática. Por outro lado, a mera condição de superior hierárquico não induz à autoria quando o superior não tem conhecimento dos atos praticados por seus subordinados, não se confundindo com a responsabilidade penal objetiva, banida do nosso sistema penal. Nessa mesma perspectiva, Hans Welzel entende que a teoria do domínio do fato parte da teoria restritiva, adotando um critério objetivo-subjetivo, segundo o qual autor é aquele que detém o controle final do fato, dominando toda a realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre sua prática, interrupção e circunstâncias. Não importa se o agente pratica ou não o verbo descrito no tipo legal, pois o que a lei exige é o controle de todos os atos, desde o início da execução até a produção do resultado. Por essa razão, o mandante, embora não realize o núcleo da ação típica, deve ser considerado autor, uma vez que detém o controle final do fato até a sua consumação, determinando a prática delitiva. *CAPEZ, Fernando (2006 pg. 552).*

Mais adiante veremos uma das grandes consequências a que o autor de "Crime e Castigo" e os "Irmãos Karamazov" nos adverte de forma categórica ante a indiferença, a falta de empatia e a ideia de superioridade frente aos que os nazistas chamaram de "untermensch", ou seja, os sub-humanos que nada mais é que a evolução do ideal de Raskolnikov da existência de seres superiores e seres inferiores. Ideal esse que os nazistas levaram a cabo até as últimas consequências, elegendo a si próprios como raça ariana, ou seja, uma raça superior ante as demais

## **2.2 A ALIENAÇÃO E A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO TRABALHO LETAL**

"Os Irmãos Karamazov" é escrito cinquenta anos antes do stalinismo e setenta anos antes da Segunda Guerra Mundial e o que o autor previa com a queda da moral social, da empatia ante o próximo, o distanciamento do mentor e executor se efetivam verdadeiramente, como a história nos mostrou durante a Segunda Guerra Mundial. Em "Crime e Castigo" temos um assassino que, por considerar-se



superior, resolve assassinar um outro ser humano, porém sofre ante o sangue alheio derramado, o que se repete de forma bizarra com os soldados alemães quando metralhavam mulheres, crianças e idosos nos campos de concentração. A ideia de Hitler sobre a raça ariana não era diferente da ideia de superioridade de Raskolnikov. Daí parte a primeira etapa para se tornar plausível o extermínio não de uma pessoa, mas de toda uma raça. Em 1941, no início da Segunda Guerra Mundial, foi criada a "einsatzgruppe" que era basicamente uma polícia alemã de extermínio de judeus, que patrulhava tanto na zona rural quanto na zona urbana; a princípio, matava somente homens, porém logo começaram a matar mulheres, velhos e crianças. As mortes chegaram a uma proporção dantesca e muitos soldados começaram a sofrer os fatores psicológicos semelhantes ao do assassino de "Crime e Castigo" escrito setenta anos antes. Soldados se suicidavam se embriagavam e causavam brigas familiares. A ideia do não matarás foi superada por completo pela ideia da raça superior, com total similitude ante a ideia original de "Crime e Castigo". Para se dar concessão ao que é cruel ante os olhos, torna-se legal moralmente tal fato. Uma nação inteira compactuou com a ideia do estudante de direito de que alguns seres humanos não são dignos de viver e existir a esses seres os alemães, chamavam de untermensch os sub-humanos. Criaram a concepção da raça ariana, uma raça pura, forte e a única que deveria existir. Então toda uma nação, guiada por Adolf Hitler, foi responsável por milhões de mortos. Vemos aqui a mesma concepção a que passou Raskolnikov, o grande delírio da superioridade perante os demais. Entretanto em proporção gigantesca. Criaram, então, os campos de concentração que eram estabelecimentos preparados para o extermínio em massa, uma prisão onde poucos tiveram a sorte de sair de lá vivos. A materialização da instrumentalização do crime. Ali não existia empatia, afinal, a divisão de trabalho entre os soldados era muito bem organizada, o contato entre eles e os prisioneiros quase não existia. Nesses campos se exterminavam os 'untermensch', fossem homens, mulheres, velhos ou mesmo crianças. Eis que houve uma preocupação tão bem organizada em se praticar as execuções que os condenados pelos nazistas se dirigiam às salas de execução acreditando que estavam indo tomar banho. Uma ideia visivelmente conexa a evitar o estresse tanto dos soldados quanto das vítimas; tão funcional que estes se dirigiam por conta própria até as câmaras de gás acompanhados apenas por um guia judeu que logo seria morto também. Essas câmaras eram isoladas de forma a não se escutar os gritos do lado de fora dos que agonizavam com o sufocamento do gás que saía dos então chuveiros. Assim que eram mortos, os corpos eram carregados por prisioneiros judeus aos fornos onde eram incinerados. Vemos como se preocupavam com a saúde mental de seus soldados e simplesmente humilhavam e degradavam os judeus. Uma elevação a nível desastroso da ideia de superioridade a que Dostoiévski nos alerta alguns anos antes de tal fato desastroso. Antes de prosseguir, destaco aqui



alguns números sobre a quantidade de mortos em campos de concentração e campos de extermínio.

Sobibor – 167.000 cento e sessenta e sete mil mortes.

Chelmo – 152.000 cento e cinquenta e dois mil mortes.

Belzec – 432.508 quatrocentos e trinta e dois mil e quinhentas e oito mortes.

Auschwitz – 1.000,000 um milhão de mortes

Não se trata de números exatos, são apenas alguns registros. Sem contar os inúmeros soldados dos Estados Unidos, União Soviética, França, Inglaterra, entre outros que morreram em batalha durante a guerra. Mas, importante é destacar como se chegou a números tão elevados de mortes de seres humanos considerados inferiores ao ponto de serem considerados descartáveis. Como foi dito anteriormente, os nazistas começaram os extermínios ao modo Raskolnikov. Não tão braçal ao estilo machadinha, mas ainda assim próximos de suas vítimas e isso, além de os abalar emocionalmente, afinal, mesmo tendo em si a ideia de raça pura e raça impura, sentiam a empatia que é natural e universal nos seres ordinários, mesmo nos que apoiavam e aspiram a ideias alheias de superioridade. Entretanto, além do abalo emocional, havia os custos elevados que os levaram a ideia de distanciar os soldados e a praticar mortes menos onerosas. A situação chegou a um ponto tão exorbitante e macabro no início das execuções que, algumas vezes, os judeus eram coagidos a atirarem em outros judeus com a promessa de serem poupados, sem saber que seriam os próximos a serem metralhados. Uma tentativa vã de aliviar os soldados mais sensíveis ante os extermínios que estavam só no início. Aqui chegamos novamente em os “Irmãos Karamazov”, ou seja, a instrumentalização do homicídio, mas agora em massa, o que hoje conhecemos como holocausto ou genocídio. Lembrando que o genocídio era a prática de queimar os corpos, uma forma asséptica de se livrar dos milhares de corpos. Enquanto que holocausto era propriamente a morte dos judeus ou quem quer que fosse considerado um “*untermensch*”. Assim como previsto pelo autor, as novas gerações não se refrearam ante o corpo que cai simplesmente se distanciando do local da barbárie do campo de batalha ensanguentado e, de forma prática, virando o rosto ante suas vítimas. E por isso foram criados os campos de concentração onde um único soldado era responsável pela morte de dezenas, centenas e até mesmo milhares de judeus, poloneses entre outros que eram considerados “*piolhos*” simplesmente fazendo a dosagem certa de veneno a ser pulverizada nos canos das câmaras, já sem nenhum contato direto com suas vítimas, conservando assim sua integridade moral e psicológica para que, no outro dia, voltasse ao trabalho de carrasco sem arrependimento e, supostamente,

sem nenhum abalo. Conservava-se então a integridade física e moral do soldado que acreditava estar cumprido seu dever civil perante sua sociedade, esse era o legado da ideia inicial em "Crime e Castigo". Uma justificativa moral e legal para se exterminar quem se considerava descartável, inútil, e até mesmo nocivo a sociedade dos arianos. Raça esta que reinaria por mil anos, segundo suas próprias pretensões. Uma divisão letal do trabalho que de forma lúgubre foi implantada de forma maquinal e assustadoramente funcional, talvez nem mesmo o autor de "Crime e Castigo" e de os "Irmãos Karamazov" pudesse imaginar a que ponto chegaria a alienação entre "Crime e Castigo" do pensamento e da prática niilista de sua época mesmo deduzindo, até então, que as novas gerações não se refreariam ante a incapacidade de empatia com o próximo. Em todos os seus livros, de alguma forma, as personagens sofrem e são punidas pelos crimes que cometeram e não poderia haver punição melhor que a que vem do âmago do criminoso, pois o arrependimento é o primeiro passo para a ressocialização e para satisfação da sociedade. E, mesmo que não baste para fins jurídicos nos casos estampados, soa como um fim lógico aos que revogaram por conta própria o não matará. Raskolnikov, que logo sente o peso de sua barbárie, é inspirado e apoiado pelo amor fraternal de Sonia a se entregar e cumprir a pena para enfim voltar ao meio social no sentido lato e espiritual da palavra. Smerdyakov fica louco e se mata, enquanto que Ivan, o autor intelectual, apesar de não morrer, também fica louco, não usufruindo do prestígio social que tanto desejava ostentar ao lado de Gruchénka. É uma espécie de advertência que o autor quer transmitir que ao se andar sem as normas estabelecidas em uma sociedade: o caos. Neste caso, o caos moral poderá tomar conta desta sociedade e não foi diferente na Segunda Guerra Mundial. O caos foi de proporções inimagináveis. O castigo para aqueles que fomentaram tamanha desgraça à humanidade não foi muito diferente das que o autor nos narra em seus livros. O maior responsável pela Segunda Guerra Mundial se suicidou quando viu seu ideal ruir e seu exército ser derrotado. Os que foram capturados, foram julgados num tribunal internacional militar de formação inédita, formado especialmente para julgar o alto escalão dos nazistas por crime de guerra contra a humanidade na cidade de Nuremberg, na Alemanha. *A Operação serviu de base para a criação de leis militares e internacionais válidas até hoje, também serviu de inspiração para a convenção de Genebra que dita as leis de guerra internacionais, e contribui para a declaração universal de direitos humanos, de 1948.*

### **3 CRIMES SEM CASTIGOS**

*Começamos com "Crime e Castigo" em que um único criminoso é mentor e executor, passamos por os "Irmãos Karamazov", no qual se dá a alienação ou instrumentalização do crime, acontecendo a cisão entre mentor e executor do trabalho letal que foram escritos em resposta ao que vivenciava em sua época o*

*escritor* Feóder Mikhailovich Dostoievski e ao que previa montando um quebra cabeça do que tudo aquilo poderia influenciar as épocas vindouras. Na vida real, tivemos o nazismo que parece a resposta imediata do que o escritor mais temia e a princípio poderíamos imaginar ser este o ápice da brutalidade, da bestialidade humana. Entretanto, as fabricas da morte, a industrialização do extermínio da raça sub-humana não foi a parte final do caos moral a que se refere o autor em suas obras. A evolução da divisão do crime, especialmente o crime de homicídio, tem se mostrado cada vez mais tecnológico e mais letal. Pois, chegando em nossa época atual, temos os ataques de drones que distancia ainda mais mentor e executor. Não existe o corpo a corpo, não existe a possibilidade de uma defesa, ou até mesmo de um pedido de socorro como ocorreu no ataque de machado do estudante à velha usuraria Alena Inanovna. Dificulta até mesmo a identificação de autor e executor. Os ataques de drones são guiados via satélite e seus alvos são atingidos sem nenhuma possibilidade de defesa, geralmente leva-se um tempo para que se entenda que o local do ataque foi alvo de drone. A seguir, destaco um modelo atual de drone militar que tem uma capacidade inimaginável de destruição:

Desenvolvido pela General Atomics o MQ-9 POSSUI habilidade de voar autonomamente, ou seja, é um robô voador. Possuindo um motor turbo-hélice de 950 hp Além de carregar os mísseis Hellfire (ataque ao solo), pode levar bombas guiadas a laser (bombas inteligentes) e os poderosos mísseis ar-ar (utilizados para atacar outros aviões) AIM-9 Sidewinder. Possui um alcance de quase 6 mil quilômetros, e sua altitude operacional é de 50 mil pés (15 mil metros, altitude geralmente maior que a de um avião comercial). Para cada tipo de missão, ele é carregado com determinado kit de sensores e armamentos. Ele leva um poderoso sistema de aquisição de alvos, o Raytheon AN/AAS-52, que inclui uma câmera de TV colorida, também com infravermelho e uma outra TV com o sistema de laser para designar os alvos, ou seja, da própria estação de controle (que pode ser na Flórida), o operador designa o alvo e solta os mísseis e/ou bombas com o drone estando a 14.000 Km de distância, no Afeganistão, por exemplo. Além disso, possui um radar de abertura sintética que permite escanear e ter uma imagem clara de determinado alvo, e designa alvos para as GBU-38 JDAM, que são dispositivos de guiamento colocados em bombas convencionais (bombas "burras") que as tornam inteligentes, guiadas por GPS.

Nota se que o distanciamento entre a ação, execução e consumação ganha matizes astronômicas, o crime a culpa e o castigo parecem não se coadunarem como desejava o autor de “Crime e Castigo”. Nos crimes atuais com os drones não há o sentimento de culpa e, conseqüentemente, o castigo tem se tornado cada vez mais difícil de se estipular, cada vez mais complicado de ser aplicado. Os modernos crimes sem castigos são tão assépticos que não precisam de fornos para queimar corpos, já que em ataques de drones militares, como esse anteriormente citado, não deixa nem mesmo vestígios de seres humanos. Trata-se de um ataque altamente letal. Tornando assim impossível qualquer forma de empatia e dor moral ante o ser humano que tomba. Apesar de existirem leis e regulamentações esparsas sobre o uso de drones, como a Agência Europeia para a segurança de aviação (EASA), as autoridades nacionais de aviação Civil (CAA), a Organização Europeia para o Equipamento da Aviação Civil (EUROCAE), a empresa comum (SESAR), Agência Europeia de Defesa (EDA), a Agência Espacial Europeia (ESA), a agência europeia para a segurança da Navegação aérea, Organização da Aviação Civil Internacional (ICAO) e a autoridade nacional da aviação Civil (ANAC) em Portugal e os fabricantes e os operadores de drones, não há uma harmonização de eficácia que possa coibir os ataques militares cada vez mais frequentes. Penso que ainda não chegamos ao clímax máximo a que Dostoievski calculava, pois em seu tempo ele vivenciou apenas as transformações morais as quais vivemos hoje, porém a tecnologia tende a nos levar cada vez mais longe e a distanciar cada vez mais o algoz de sua vítima. Cabe às novas gerações determinar seu novo senso moral e indagar se o uso de drones em homicídios em massa é legítimo e quem será responsabilizado face a violação dos direitos humanos. Será que através de ataques tão impessoais, é capaz de identificar o responsável. São questões preocupantes quando verificamos a proliferação de drones armados para o uso de conflitos congelados.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em “Tempos Modernos”, de Charles Chaplin, temos uma mostra da divisão de trabalho e sua possível consequência ante o cotidiano humanitário. Ali vemos a banalização do trabalhador que é exaurido em longas jornadas de trabalho em repetitivos movimentos de produção chegando a demência e, por conseguinte a morte de tanto trabalhar. O mesmo acontece de forma bizarra com o extermínio de mais ou menos seis milhões de judeus durante a Segunda Guerra Mundial, numa época onde havia se tornado banal matar. E matar em grande número, como nas fábricas do filme “Tempos Modernos”, o ser humano perde seu valor como ser vivo na divisão do trabalho, a divisão para uma maior produção. Nos campos de concentração, além da produção, tem-se a ideia de poupar a sanidade mental dos que eram considerados superiores. Mas vemos uma grande contradição quando seres superiores precisam serem poupados daquilo que lhes era para ser, devido seu

ideal, um ato útil e prazeroso. Seguindo Aristóteles, a arte imita a vida, e, nesse caso a semelhança é indiscutível. Pode-se mesmo pensar que a arte de Dostoiévski influenciou os nazistas e a evolução até hoje da alienação do trabalho letal, porém, para tanto, seria necessário ignorar que todas as suas personagens se mutilavam psicologicamente ante a perda da humanidade. Ainda não há números exatos quanto a morte de civis por drones militares. Recentemente, mais precisamente no dia 19 de setembro de 2019, em um ataque de drone dos Estados Unidos ao Afeganistão, foram mortos trinta colonos que trabalhavam na colheita de pinhão e mais de quarenta ficaram feridos. Mas sabemos que essa máquina de matar chegou para ficar e só o tempo poderá nos mostrar o quanto valeu o alerta de Feóder Mikhalovitch Dostoiévski sobre a banalidade do crime e a alienação do trabalho letal. Em seus livros ele tenta nos mostrar as consequências da desvalorização do ser humano, a perda de valores intrínsecos à vivência harmônica em sociedade, não podemos culpar as novas tecnologias sabendo que qualquer ferramenta é manipulada segundo a vontade humana. Cabe a todos nós resgatar os valores perdidos e novamente tornar o ser humano a peça principal em qualquer país, em qualquer cidade, em qualquer época ou ambiente. "Todos somos responsáveis de tudo perante todo" (Dostoiévski).

Antes de pensar em castigo, é nosso dever implantar uma cultura que previna o crime, esse é um dos objetivos da tríplice finalidade da pena, entretanto não resolve apenas a conscientização da pena, da punição, sem antes moldar o caráter do cidadão com valores éticos e morais. E acima de tudo incutir nas novas gerações a não existência da divisão de pessoas por gêneros, raça, opção sexual, cor ou condição econômica. Esses valores morais são um desafio, mesmo que não mais existam drones ou campos de concentração, pois, como vimos no recente trabalho, toda a ideia parte da elevação de uns com a diminuição de outros, a desvalorização de uns e a super valoração de outros. Temos todos esses valores na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi redigida no ano de 1948 em resposta a Segunda Guerra Mundial. Direitos humanos é o conjunto de garantias e valores universais que tem como objetivo garantir a dignidade, que pode ser definida com um conjunto mínimo de condições de uma vida digna. São direitos humanos básicos: direito à vida, à liberdade de expressão de opinião e de religião, direito à saúde, à educação e ao trabalho. Cabe agora aprendermos com o passado a não revogar leis que são básicas para a verdadeira valoração do ser humano, lembrando que a vida é sempre um direito básico de cada ser humano. No Brasil, temos na Constituição Federal em seu artigo 5º inciso XXXVI nos traz garantias e direitos fundamentais bem como os deveres do ser humano temos a seguinte disposição:

Art. 5º inciso XXXVI CF, 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”

Nota-se que ao fim do advento da Segunda Guerra Mundial houve uma preocupação em assegurar o direito fundamental à vida por parte da sociedade mundial. Entretanto, levando em consideração as diferentes culturas de cada país, é muito difícil ter um entendimento uniforme sobre o valor da vida. O não matarás está sendo revogado a todo instante, seja por ação (homicídios) ou por omissão (a fome), levando-nos novamente a nos perguntarmos se o homem nasce bom e o meio o torna mal ou se realmente todo homem já nasce corrompido. Os drones são, junto com todas as atuais tecnologias, a prova de que somos dotados de um dom especial seres de extrema capacidade intelectual de uma inteligência invejável. Verdadeiramente somos a tradução livre da pintura de Michelangelo “A Criação”, porém ainda assim muitas vezes destituídos da empatia necessária para a verdadeira evolução social.

## 5 REFERÊNCIAS

ABACUSLIQUID. **O lobo de wall street: a arte imita a vida ou a vida imita a arte?!**. Disponível em: <https://abacusliquid.com/o-lobo-de-wall-street-a-arte-imita-a-vida/>. Acesso em: 30 out. 2019.

ACADEMIA. **Drones uma ameaça ao direito internacional humanitário**. Disponível em: [https://www.academia.edu/31576005/Drones\\_Uma\\_amea%C3%A7a\\_ao\\_Direito\\_Internacional\\_Humanit%C3%A1rio](https://www.academia.edu/31576005/Drones_Uma_amea%C3%A7a_ao_Direito_Internacional_Humanit%C3%A1rio). Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL ESCOLA. **Classificação legal e doutrinaria dos crimes**. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/classificacao-legal-doutrinaria-dos-crimes.htm>. Acesso em: 5 out. 2019.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro. Direito Penal-Parte Geral. São Paul: Saraiva, 2006, p.440.

BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de direito penal. Parte Geral. 17<sup>a</sup>. Ed. Ver. Ampl e Atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAFÉ FILOSOFICO CPFL. **Crimes sem castigo**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VtJDdf60fJE>. Acesso em: 7 set. 2019.



CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Mandante-o mandante não é autor pela teoria do domínio do fato.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/mandante-autor-teoria-dominio-fato/>. Acesso em: 13 set. 2019.

CANALTECH. **Robôs voadores: conheça um pouco sobre a tecnologia dos drones.** Disponível em: <https://canaltech.com.br/seguranca/Robos-voadores-conheca-um-pouco-sobre-a-tecnologia-dos-drones-militares/>. Acesso em: 25 out. 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, Parte Geral: arts. 1º a 120/Fernando Capez – 23 ed. – São Paulo: Saraiva, 2019.

CITAÇÕES E FRASES FAMOSAS. **Frases de fióder dostoiévski.** Disponível em: <https://citacoes.in/autores/fiodor-dostoievski/>. Acesso em: 2 nov. 2019.

CONSULTOR JURIDICO. **Centenario de weimer e chance de reflexão sobre constitucionalismo.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-02/observatorio-constitucional-centenario-weimar-chance-reflexao-constitucionalismo>. Acesso em: 8 nov. 2019.

CULTURA GENIAL. **Crime e castigo: aspectos essenciais da obra de dostoiévski.** Disponível em: <https://www.culturagenial.com/livro-crime-e-castigo-de-fiodor-dostoievski/>. Acesso em: 4 set. 2019.

DE FRENTE COM OS LIVROS. **Os irmãos karamazov.** Disponível em: <http://defrentecomoslivros.blogspot.com/2016/04/resenha-os-irmaos-karamazov-dostoievski.html>. Acesso em: 29 set. 2019.

DISCOVERY CIVILIZATION. **Grandes livros: crime e castigo fióder dostoiévski.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=vATEnfCFzao&t=1611s>. Acesso em: 9 out. 2019.

DOSTOIÉVSKI, Feóder Mikhailóvitch. **Crime e castigo.** 1. ed. são paulo: josé olympio, 1955.

INFOESCOLA. **Stalinismo.** Disponível em: <https://www.infoescola.com/politica/stalinismo/>. Acesso em: 7 set. 2019.

JUS.COM .BR. **Teoria do domínio do fato.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60797/teoria-do-dominio-do-fato>. Acesso em: 27 set. 2019.

JUSBRASIL. **A fase inter criminis.** Disponível em:  
<https://andersonzeferino.jusbrasil.com.br/artigos/358299554/as-fases-do-iter-criminis>. Acesso em: 22 set. 2019.

JUSBRASIL. **Classificação dos criminosos .** Disponível em:  
<https://thaysclara.jusbrasil.com.br/artigos/537160902/classificacao-dos-criminosos>. Acesso em: 9 out. 2019.

MUNDO EDUCAÇÃO. **Era napoleônica(1799-1815) .** Disponível em:  
[https://www.google.com/search?rlz=1C1CHBD\\_pt-PTBR849BR849&sxsrf=ACYBGNRt0ZJUoa58VPi5vszsYFdTbC0oww%3A1571444682373&ei=yLeqXeC2Fo7E5OUPg\\_SZqAM&q=a+era+napole%C3%B4nica&oq=a+era+napoleonica&gs\\_l=psy-ab.1.0.0i203l10.30540.38962..41471...1.0..3.218.5026.12j33j1.....0....1..gws-wiz.....10..33i21j33i160j](https://www.google.com/search?rlz=1C1CHBD_pt-PTBR849BR849&sxsrf=ACYBGNRt0ZJUoa58VPi5vszsYFdTbC0oww%3A1571444682373&ei=yLeqXeC2Fo7E5OUPg_SZqAM&q=a+era+napole%C3%B4nica&oq=a+era+napoleonica&gs_l=psy-ab.1.0.0i203l10.30540.38962..41471...1.0..3.218.5026.12j33j1.....0....1..gws-wiz.....10..33i21j33i160j). Acesso em: 3 set. 2019.

OCICLORAMA. **Entre leituras - crime e castigo.** Disponível em:  
<http://ociclorama.com/entre-leituras-crime-e-castigo/>. Acesso em: 22 set. 2019.

PROMOTOR DE JUSTIÇA NA DEFESA DA SOCIEDADE. **A triplice finalidade da pena.** Disponível em: <http://promotordejustica.blogspot.com/2013/09/a-triplice-finalidade-da-pena.html> . Acesso em: 18 set. 2019.

SEUHISTORY.COM. **Holocausto execução do mal.** Disponível em:  
<https://www.youtube.com/watch?v=xVRz4cQgkTA>. Acesso em: 26 set. 2019.

SHMOOP. **Pavel fyodorovich smerdyakov in the borthers karamazov.** Disponível em:  
[cchttps://www.shmoop.com/brothers-karamazov/pavel-fyodorovich-smerdyakov.html](https://www.shmoop.com/brothers-karamazov/pavel-fyodorovich-smerdyakov.html). Acesso em: 12 set. 2019.

SUPERINTERESANTE. **O que foi o julgamento de nuremberg.** Disponível em:  
<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-foi-o-julgamento-de-nuremberg/>. Acesso em: 29 set. 2019.

VEJA. **Ataque dos EUA deixa 30 civis mortos no afeganistão .** Disponível em:  
<https://veja.abril.com.br/mundo/ataque-dos-eua-deixa-30-civis-mortos-no-afeganistao/>. Acesso em: 27 out. 2019.

## O TRABALHO INTERMITENTE: IMPACTOS NOCIVOS DA PERDA DE VIGÊNCIA DA MP 808/2017

**ANA GISELY DA SILVA SOUSA:**

Acadêmica de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

**VITÓRIA MARIA BELTRÃO ALMENDRA** <sup>[1]</sup>

(coautora)

**ÉRIKA CRISTHINA NOBRE VILAR** <sup>[2]</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** Com o advento da reforma trabalhista – Lei 13.467/2017 – surgiram novas formas de trabalho dentre elas o trabalho intermitente que sua regulamentação, por si só, acarreta em precarização da mão-de-obra, porém a lei deixa de regulamentar pontos importantes do trabalho intermitente. Na intenção de trazer mais completude a regulamentação do tipo de trabalho em comento surgiu a MP 808/17 que perdeu a vigência devido a sua não conversão em lei, prejudicando o trabalhador, inclusive lesando o princípio da proteção ao trabalhador, bem como outros princípios trabalhistas. Neste contexto, é importante destacar a importância de uma regulamentação completa e abordar os aspectos que a lei é omissa com relação ao trabalho intermitente.

**Palavras-chave:** trabalho intermitente, MP 808/17, reforma trabalhista, princípios trabalhistas, flexibilização.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A gênese do Contrato de Trabalho Intermitente. 3 A Regulamentação do Trabalho Intermitente: 3.1 Na legislação estrangeira; 3.2 Na legislação brasileira; 3.3 A regulamentação pela Medida Provisória 808/2017; 4 Contrato de Trabalho Intermitente *versus* Contrato de Trabalho Padrão. 5 A flexibilização de princípios trabalhistas no âmbito do Contrato Intermitente. 6 A perda da vigência da MP 808/2017 e outros impactos nocivos sobre o Contrato intermitente: 6.1 A violação ao princípio de proteção integral ao trabalhador no Trabalho Intermitente; 6.2 A situação da gestante em Trabalho Intermitente; 6.3 Acidente de trabalho. 7 Caso prático da jurisprudência brasileira. 8 Conclusão. 9 Referências

### 1 INTRODUÇÃO

O trabalho intermitente foi criado em meio a uma crise econômica com a intenção, por um lado, de reduzir as taxas de desemprego, tirando uma série de trabalhadores da informalidade, e de outro, reduzir os custos que o empregador teria

para contratar um empregado padrão. Considera-se como intermitente o contrato de trabalho subordinado cuja prestação de serviços não ocorre de forma contínua, em que há alternância de períodos de exercício da atividade laboral e períodos em que o trabalhador fica inativo, que podem ser horas, dias ou meses, independente da atividade exercida pelo empregado e pelo empregador.

O contrato intermitente está regulamentado o parágrafo 3º no artigo 443 e foi inserido o artigo 452-A, ambos da CLT, que foram inseridos pela Lei da Reforma Trabalhista nº 13.467 de 13 de julho de 2017, por meio dos quais foi regulamentada a forma como pode ser firmado essa modalidade de contrato de trabalho.

Neste sentido, em 14 de novembro de 2017, entrou em vigor a medida provisória 808 que inseriu ainda mais artigos na CLT e aqueles já existentes, a fim de trazer uma completude para a regulamentação do contrato de trabalho intermitente observadas as seguintes razões segundo a exposição de motivos da edição da aludida MP:

“Para melhor definir os elementos que caracterizam o regime de contratação de trabalho intermitente, propõe-se alterar o art. 452-A e incluir os arts. 452-B a 452-H ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, para não restar dúvida quanto às diferenças desta forma de contratação das demais já previstas na legislação, como o contrato por prazo indeterminado, o contrato com jornada parcial e o contrato temporário”.

Observa-se que a reforma trabalhista inseriu o contrato de trabalho intermitente com regulamentação incompleta, uma das razões pela qual foi editada a MP 808/2017, que adicionava mais 7 (sete) artigos para disciplinar a nova modalidade contratual intermitente, através do acréscimo dos artigos 452-B ao 452-H. Todavia, a aludida Medida Provisória não foi convertida em lei, tendo em vista que não obteve aprovação no Congresso Nacional.

Dessa forma, o contrato de trabalho intermitente perdeu parte importante de sua regulamentação, tornando-se incompleta novamente, prejudicando, assim, os direitos do trabalhador, bem como implicando em violação no princípio de maior proteção do trabalhador, tendo em vista que ao pactuar essa nova modalidade contratual os trabalhadores abrem mão de uma série de direitos que caso realizassem o contrato de trabalho padrão.

A despeito da regulamentação do contrato intermitente pela Reforma Trabalhista não se revelar satisfatória comprometendo quantidade significativa de direitos, a disciplina expressa de tal modalidade contratual no âmbito da CLT teve

como finalidade retirar da informalidade muitas pessoas que trabalhavam e garantiam sua subsistência por meio dos chamados “bicos”. Neste sentido, encontra-se parte de texto de acordo do Tribunal Superior do Trabalho:

Ora, a introdução de regramento para o trabalho intermitente em nosso ordenamento jurídico deveu-se à necessidade de se conferir direitos básicos a uma infinidade de trabalhadores que se encontravam na informalidade (quase 50% da força de trabalho do país), vivendo de “bicos”, sem carteira assinada e sem garantia de direitos trabalhistas fundamentais. Trata-se de uma das novas modalidades contratuais existentes no mundo (junto com o teletrabalho, também introduzido pela Lei 13.467/17), flexibilizando a forma de contratação, prestação dos serviços e remuneração, de modo a combater o desemprego. Não gera precarização, mas segurança jurídica a trabalhadores e empregadores, com regras claras, que estimulam a criação de novos postos de trabalho.

Com relação aos motivos de regularização do contrato de trabalho intermitente a doutrina (MARTINEZ, 2019) comenta que agiram com inocência os legisladores ao regulamentarem essa nova modalidade contratual, porque se pensou que as pessoas que trabalhavam de “bicos” teriam acesso aos direitos que assistem aqueles que têm carteira assinada. Todavia, quando se analisa pela óptica da economia do direito, os empregadores não se utilizarão desse contrato celetista em discussão, em virtude de ser bem mais dispendiosa a sua manutenção.

Assim, pode-se perceber que a nova modalidade contratual confere direitos ao trabalhador, porém suprime boa parte de outros direitos assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil e pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse ponto, para uma melhor compreensão do contrato intermitente, impende-se fazer uma breve análise sobre a sua origem, uma vez que a sua regulamentação não é privilégio do ordenamento jurídico brasileiro, mas também se constata em outros países pelo mundo, demandando a comparação do contrato intermitente brasileiro com os de outros países, principalmente, no que pertine à supressão de garantias trabalhistas.

## **2 A GÊNESE DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE**

O sistema capitalista no qual o homem se encontra inserido tem como prioridade a aquisição de lucro em detrimento da proteção ao trabalho humano,

tendo em vista que a redução de direitos garantidos ao trabalhador traz maiores benefícios aquele a quem ele se encontra subordinado. Então, o estabelecimento de normas trabalhistas de caráter protetivo ao trabalhador constitui obstáculo à obtenção de lucro pelos empregadores, porque desfavorece consideravelmente a produção de mais-valia em todos os setores de produção. Assim, com o objetivo de adequar o mercado às crises econômicas ocorridas pelo mundo, tornam-se necessárias formas alternativas de vínculo entre empregado e empregador para minimizar os custos do empregador, acarretando a flexibilização dos direitos trabalhistas.

Neste sentido, chama-se com eufemismo a redução de direitos trabalhistas assegurados ao trabalhador de flexibilização, que passa a ser considerada forma de progressão e inovação do Direito do Trabalho (TEIXEIRA; GONÇALVES, 2017). E, com o advento da lei 13.467/2017, utiliza-se da severa crise econômica, institucional e política a época para retirar direitos dos trabalhadores com o fim de reduzir o custo dos empregadores com a mão-de-obra.

Neste contexto, posicionam-se Teixeira e Gonçalves (2017) a respeito da menor onerosidade do empregador em detrimento da precarização do trabalho humano:

A ganância pela maximização do lucro do mercado torna-se mais desastrosa quando, em detrimento de todo arcabouço tuitivo acerca do trabalho humano, são criadas e recriadas inovadoras modalidades de prestação de serviço destoantes da relação de emprego clássica, a fim de escapar da tutela justralhista. A regulação da precarização do trabalho, travestido de novas modalidades de prestação de serviço, torna o trabalhador ainda mais vulnerável com sua mão-de-obra barateada, com a flexibilização das formas de contratação e dispensa [...], fragmentando não só direitos como a próprio trabalho digno nos moldes constitucionais.

Com base nisso, depreende-se que havendo um menor gasto por parte do empregador aumentam os ganhos decorrentes da atividade econômica que ele desempenha, e para auxiliar na redução de custos insere-se novidades laborais no ordenamento jurídico, com o intuito de burlar a barreira de proteção aos direitos inerentes aos trabalhadores. Em virtude disso, há aproveitamento da deficiente regulamentação dessas novas formas de contrato para fugir da responsabilidade que a lei impõe no contrato padrão, contribuindo para um maior enfraquecimento dos empregados.



Em contrapartida, deve-se entender quando um trabalhador tem salário e emprego dignos, com observância às garantias legais que lhes são atribuídas, há aumento de renda e produção, gerando benefícios para ambas as partes de uma relação de trabalho. Além disso, cria-se uma melhor distribuição de renda e inserção de novas pessoas ao mercado de consumo gerando desenvolvimento econômico.

Todavia, a partir do ano de 2017, no ordenamento jurídico pátrio surge um novel modelo contratual individual trabalhista, com o advento da lei n. 13.467/17 – Lei da Reforma Trabalhista –, que trouxe novidades para as relações de trabalho no Brasil, denominado de contrato de trabalho intermitente, um acordo peculiar entre patrão e empregado bem distinto do contrato laboral padrão.

Considera-se que a raiz do trabalho intermitente se finca no Reino Unido, surgindo o termo por volta do ano de 1980, denominado de *zero-hour contract*, com o objetivo de reduzir a complexidade das relações laborais e reerguer a economia do país, que no momento passava por um período de fragilidade. Além disso, em 1997, era percebida a utilização deste modelo para contratação de mão-de-obra com baixa qualificação, nas áreas de saúde e para as autoridades locais (MIRANDA, 2018). Inclusive, conforme comentários de juristas da nação brasileira, o contrato de trabalho zero-hora é a inspiração para a regulamentação pelo ordenamento jurídico nacional do contrato de trabalho intermitente (ALVES, 2019).

Resolveu-se, então, implantar este modelo contratual celetista no Brasil com o propósito de estimular o firmamento de novas relações empregatícias sem debilitar o emprego[3]. Dessa forma, procura-se a flexibilização de algumas condições mais severas exigidas das normas da CLT pré-reforma, pois é dada a convicção que esta rigidez impede a regularização de milhões de trabalhadores.

Destaca-se, ainda, que a fixação do contrato celetista intermitente traria um impacto social, no sentido de que facilitaria aos jovens e estudantes o acesso ao primeiro emprego, uma vez que lhes seria facultado adequar seus horários de estudo e trabalho, sem que um prejudicasse o outro, e evitando, assim, a evasão escolar e gerando aumento da renda familiar. Mas afinal, o que é o trabalho intermitente?

O conceito de contrato de trabalho intermitente está consignado no art. 443, §3º, da CLT[4] que determina que o aludido contrato é aquele em que:

“[...] a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do

empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.”

Com base nisso, entende-se que os serviços prestados pelo empregado ocorrerão de forma descontinuada, com o revezamento entre períodos de atividade e de inatividade do empregado. O fundamento mais utilizado para que fosse regulamentado o trabalho intermitente foi o de trazer para a lei trabalhista as atividades de serviço que se encontravam a margem do Direito do Trabalho, os “bicos”, buscando garantir aos trabalhadores dessa modalidade CTPS anotada, 13º salário, FGTS, férias e recolhimento de contribuições previdenciárias.

Além disso, também há posicionamentos no sentido de que a inserção de um novo tipo contratual reduza as taxas de desemprego, amenizando a crise do país e tira do empregador o dispêndio que ele gastaria com um trabalhador comum. Em contrapartida, mesmo sendo uma forma de reduzir o desemprego, retira direitos que os trabalhadores passaram anos para conquistar, privilegiando apenas os interesses do capital.

Dessa maneira, ao se analisar pelo viés econômico do direito, acredita-se que os empregadores não utilizariam o contrato de trabalho intermitente, pois teriam que tornar formal os “bicos” que antes não necessitavam de formalidade acarretando custos superiores aos de manter os trabalhadores na informalidade (MARTINEZ, 2019).

Contudo, partindo do pressuposto de que em um país que 41,2% dos trabalhadores, sendo 11,9 milhões sem carteira assinada e 24,4 milhões trabalhando por conta própria, ou seja, ambos na informalidade, segundo dados do IBGE[5], não há como se pensar que a maioria dos trabalhadores intermitentes não passariam pela mesma situação.

### **3 A REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO INTERMITENTE**

#### **3.1 Na legislação estrangeira**

Partindo do pressuposto que a influência maior para a inserção do contrato de trabalho intermitente veio do *zero-hour contract* ou *casual contract* do Reino Unido, começa-se então com a análise dele. Vale-se ressaltar que o *casual contract* se encontra previsto no artigo 27A do *Employment Rights Act* 1996 da Inglaterra e, se trata de espécie do gênero contrato de trabalho em tempo parcial, que se subdivide também em contrato com horário flexível. Nele não há garantia de prestação de serviços e de recebimento de salário gerando insegurança para o trabalhador quanto ao período de prestação de serviços e a contraprestação a ser recebida, pois pode

passar vários sem que a convocação ocorra e a empresa nem precisa o demitir (CONALGO, 2019). Entretanto, o trabalhador está à disposição do empregador 24 horas por dia.

Ademais, o *casual contract* não define a porção de horas a serem trabalhadas, os empregados ficam à espera da convocação do empregador, que não é obrigado a chamar, bem como se chamados os empregados não estão obrigados a prestar seus serviços. Este contrato caracteriza-se pela inexistência de garantia de prestação de serviços e de recebimento de salário. A idade estimada da maioria das pessoas que trabalham por meio deste contrato no Reino Unido, encontram-se nas idades antes dos 25 anos e depois dos 65 anos de idade, e o utilizam como uma complementação da sua renda.

Em Portugal tem-se o contrato de trabalho intermitente previsto nos artigos 157 a 160 do Código do Trabalho, que por sua vez foi oficialmente publicado em 2009. O trabalho intermitente em Portugal é gênero de duas espécies dispostas no item 1 do artigo 159 do Código do Trabalho[6], são elas o trabalho alternado e o trabalho à chamada.

No trabalho alternado, as partes contratantes estabelecem o período de início e fim da prestação de serviços. Em contrapartida, no trabalho à chamada não há previsão de quando será a convocação do empregador com antecedência mínima legal de 20 dias ou antecedência acordada pelas partes, que pode ser maior. Trata-se, ainda, de contrato por tempo indeterminado para a preservação da duração das relações trabalhistas e no período de 1 ano pelo menos 6 meses deve haver a prestação de serviços, e quatro dentre os 6 meses deve ser de atividade contínua (SCHNEIDER, 2017).

Quanto à remuneração, o trabalhador receberá pelo serviço efetivamente prestado, bem como os períodos à disposição do empregador, chamada de compensação retributiva, que "poderá ser estabelecida por IRC, devendo observar, no entanto, o mínimo de 20%" (SCHNEIDER, 2017) sobre o valor da remuneração base ou o valor definido em instrumento de negociação coletiva.

Na Itália, o trabalho intermitente foi introduzido no ordenamento jurídico pela *legge biagi* em 2003, denominado de *lavoro intermittente*, sendo alvo de duras críticas devido a tamanha flexibilização legislativa laboral. Hoje referida lei teve os artigos pertinentes a essa matéria revogados pelo decreto legislativo 81 de 2015 conhecido como *Jobs Act*, passando este a regulamentar o trabalho intermitente na Itália.

Destarte, o *Jobs Act* define o trabalho intermitente, em seu artigo 13, como contrato em que o empregado fica disponível para trabalhar para o empregador, que pode usar seus serviços de forma descontínua ou intermitente conforme os acordos coletivos promovidos pelas organizações sindicais estabelecem, podendo determinar antecipadamente os períodos de atividade no decorrer da semana, mês ou até mesmo do ano[7].

Por meio do contrato de *lavoro intermittente*, somente podem celebrar este contrato aqueles com até 24 anos e com mais de 55 anos, pois a faixa etária que se apresenta é a que mais sofre com o desemprego. Ademais, existe um limite temporal para esse tipo contratual, que não poderá ultrapassar os 400 (quatrocentos) em 3 (três anos), caso ultrapasse será convertido em emprego de tempo integral, sendo que esta regra não inclui os empregados dos setores de turismo, setor público e entretenimento.

Vale frisar que existem duas espécies de trabalho intermitente italiano que são o trabalho intermitente com ou sem garantia de disponibilidade. Neste último, o empregado submete a sua disponibilidade mesmo nos períodos de inatividade, sendo-lhe assegurada indenização pelo tempo à disposição, que não será devida diante de impossibilidades da prestação de serviços.

Existem três situações de vedação a essa contratação pela lei italiana, quais sejam: para substituição de trabalhadores em greve, por empresas que há seis meses dispensaram em massa os trabalhadores que desempenhavam a atividade que o trabalhador intermitente irá prestar, induzindo o pensamento de que a dispensa coletiva ocorreu como forma de substituição desses empregador em regime padrão pelos intermitentes, também caso haja suspensão da produção e quedas de salário. Além dessas, há a terceira hipótese, de proibição de contratar os trabalhadores intermitentes por empresas sem certificação do quadro atinentes à saúde e segurança no trabalho (COLUMBU, 2019).

### **3.2 Na legislação brasileira**

De acordo com o artigo 452-A, da Consolidação das Leis Trabalhistas, encontra-se a previsão legal e os parâmetros a que se submete essa contratação celetista que vem sendo discutida ao longo deste trabalho, delimitando a forma de contratação do empregado. Contudo, a contratação de um trabalhador intermitente deve ser celebrada por escrito, devendo este conter o valor da hora da prestação de serviços que será exercida pelo contratado e não poderá estar abaixo do valor referente a hora do salário mínimo ou o valor da hora baseado no salário recebido

pelos demais contratados que prestem o mesmo serviço, sendo eles contratados intermitentemente ou não.

É notório que a criação da nova modalidade de contratação empregatícia foi criada para romper a rigidez que é intrínseca no contrato de trabalho comum, tornando funções antes exercidas nessa modalidade formal, com a viabilidade de ocorrer de forma intermitente. Desse modo, o empregador quando necessita do trabalho de determinado empregado intermitente pode o chamar pelo modo mais eficaz (carta, e-mail, telefone, etc.), devendo para tanto observar a antecedência legal mínima de três dias corridos e informar a jornada de trabalho do operário.

No entanto, diferenciando-se do empregador, o trabalhador ao tomar ciência da convocação para a prestação de serviços, tem somente um dia útil para responder ao chamado, devendo informar se irá ou não prestar os serviços, no dia em lhe foi solicitado, sendo presumida a recusa caso não responda. Porém, caso ocorra a recusa, expressa ou tácita, a subordinação existente nessa modalidade de contrato permanecerá. Todavia, sendo aceita a convocação, se uma das partes, empregado ou empregador, descumprirem o contrato sem justa causa, terá que pagar o equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor que seria devido pela prestação de serviços à parte prejudicada, dentro do prazo de trinta dias.

A prestação de serviços firmada no contrato intermitente não pode ser firmada do modo em que o empregador desejar, haja vista que nessa modalidade o caráter da prestação é a não continuidade. Desse modo, ao contratar um empregado para exercer certa função de forma intermitente, e ao fim de cada prestação, esperar um incerto período de tempo para que o empregado possa ser convocado novamente (DELGADO, 2019).

Por outro viés, após prestados os serviços pelo empregador, deverá receber a sua contraprestação acordada pela atividade exercida. Assim, o empregador deve pagar o valor correspondentes as horas trabalhadas e de forma proporcional, as férias acrescidas do terço constitucional e o décimo terceiro salário. Em relação ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e a contribuição previdenciária, o empregador tem o dever de recolher a contribuição da alíquota de 8% (oito por cento), conforme a lei e valor referente ao mensal pago ao empregado, devendo obrigatoriamente prestar contas com esse sobre a devida contribuição.

Por fim, ao se passarem doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período este em que não pode ser convocado para trabalhar pelo mesmo empregador.

### **3.3 A regulamentação pela extinta MP 808/2017.**

Em novembro, juntamente com a Lei nº 13.467/17, entrou em vigor a Medida Provisória 808 de 14 de novembro de 2017 que modificou uma parcela significativa à Consolidação das Leis do Trabalho, inclusive abrangendo o trabalho intermitente, adaptando a redação legal para prestar uma tutela mais adequada atendendo melhor aos interesses do trabalhador. A MP deu nova redação ao artigo 452-a da CLT e inseriu os artigos 452-B, 452-C, 452-D, 452-E, 452-F, 452-G e 452-H, trazendo novas disciplinas para o contrato intermitente, porém a mencionada MP perdeu sua vigência em abril de 2018, retornando a vigor o texto anteriormente regulamentado pela Lei 13.467/17.

Segundo a exposição de motivos da medida provisória em questão, já citada anteriormente nesse trabalho, as alterações e a inclusões dos referidos artigos foram realizadas para uma melhor caracterização do contrato de trabalho intermitente e para melhor diferenciação com relação aos demais tipos de contratos trabalhistas, razão pela qual, impende-se analisar o conteúdo de tais dispositivos legais, para melhor compreensão do tema estudado.

O artigo 452-A passou a determinar que o contrato deveria ser feito por escrito e devidamente registrado na Carteira de Trabalho e nele deveria conter os elementos essenciais deste contrato de trabalho, isto é, a identificação, assinatura das e endereço das partes, o valor da hora ou do dia de trabalho respeitando o mínimo constitucional, o local e o prazo para pagamento da remuneração. Seu §2º previa que do recebimento da convocação o trabalhador teria o prazo de 24 horas para dar resposta de aceitação ou recusa. O parágrafo 10 previa a possibilidade de férias em três períodos de acordo com o art. 134, §§1º e 2º, da CLT, desde que previamente acordado. O §12, ainda do mesmo artigo, determinava que o pagamento para aqueles trabalhos que excedessem um mês, o pagamento não poderia acompanhar o prazo de término do trabalho, devendo ser pagos até um mês contado do primeiro dia da prestação de serviço.

O § 13 prescrevia que o auxílio-doença será devido ao segurado da Previdência Social, o trabalhador de contrato intermitente, a datar do início da incapacidade, não se empregando a deliberação do § 3º do art. 60 da Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991. Já o §14 determina que o salário maternidade da trabalhadora intermitente será pago diretamente pela Previdência Social, adotando-se o estabelecido no §3º do art. 72 da Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991. Tratam-se de providências imprescindíveis para a exata determinação dos direitos e garantias do trabalhador intermitente, que não foram regulamentados na Lei nº 13.467, de 2017[8].



O artigo 452-B dava a faculdade as partes de acordar no contrato os locais em que seriam prestados os serviços, os turnos em que o empregado trabalharia, as formas e instrumentos de convocação e resposta para a prestação de serviços e o formato da reparação recíproca na hipótese de cancelamento de serviços que já estavam previamente agendados. Assim, extinguiu a multa recíproca de 50% quando do descumprimento do contrato por alguma das partes.

O artigo 452-C evidenciava o conceito de inatividade, considerando-a o intervalo de tempo diferenciado daquele em que o trabalhador intermitente tenha sido chamado a trabalhar e tenha prestado serviços nos termos do § 1º do art. 452-A. Na inatividade, o trabalhador não se mantém a disposição do empregador, podendo este prestar seus serviços para outros tomadores. Caso fosse remunerado o período a disposição, seria descaracterizado o contrato de trabalho intermitente.

O artigo 452-D fixava que se passados o intervalo de 1 ano sem nenhuma convocação do trabalhador contado a partir da data da celebração do contrato, da última convocação ou do último dia de prestação de serviços, considerando para efeitos legais o que for mais recente, o contrato na modalidade intermitente restaria rescindido. A determinação legislativa seria importantíssima para impedir que os contratos permanecessem abertos por tempo indeterminado, sem que houvesse pagamento de verbas rescisórias aos empregados.

O artigo 452-E determinava os valores devidos na rescisão contratual. A previsão que trouxe o mencionado artigo se destinava a favorecer o trabalhador, dado que o empregador poderia preferir não por firmar o contrato até o prazo de um ano, implicando no atraso insignificante do pagamento de verbas rescisórias ao trabalhador. Estabelecendo iguais conjunturas monetárias para quaisquer dos momentos de rescisão contratual, o contratante e contratado poderiam deliberar sobre o momento que o contrato teria fim, sem acarretar em grandes danos para quaisquer das partes.

O artigo 452-F previa o cálculo das verbas rescisórias e do aviso prévio tendo como base a média dos valores pagos ao empregado no curso do contrato de trabalho intermitente.

O artigo 452-G previa que o trabalhador de contrato padrão quando demitido, pelo menos até a data de 31 de dezembro de 2020, não poderia prestar serviços para o mesmo empregador por meio do contrato de trabalho intermitente pelo prazo de 18 meses contados da data da rescisão. Seria assim para obstar quaisquer perigos de transformações súbitas nas formas de contratação.

O artigo 452-H, último artigo acrescentado para disciplinar o contrato intermitente, estipulava que no contrato de trabalho intermitente, o tomador de serviços realizaria o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do trabalhador, e o depósito do FGTS, observando a determinação legal, seguindo os valores pagos no período mensal e daria ao empregado o comprovante do cumprimento dessas obrigações, considerando para tal o previsto no art. 911-A, que também havia sido colocado na CLT pelo advento da MP 808/2017.

Verifica-se que, a preservação da mencionada medida provisória era de suma importância para trazer ao trabalhador o mínimo de dignidade ao contratar com seu empregador na jornada intermitente, pois estabelecia parâmetros que traziam segurança jurídica maior ao empregado. Assim, com o fulcro de manter o teor da MP 808/17 foi editada a portaria 349 pelo Ministério do Trabalho à época, hoje Secretaria do Trabalho integrado ao Ministério da Economia, porém se questiona acerca da inconstitucionalidade dessa portaria por se tratar de instrumento normativo e o Ministério do Trabalho não ter competência legislativa precisando de uma regulamentação complementar feita por órgão competente (SILVA; SANTOS; BEZERRA, 2018, p. 15 e 16).

Contudo, mesmo com a portaria editada pelo Ministério do Trabalho, ainda há insegurança jurídica por se tratar de ser norma editada por órgão administrativo e não legislativo, necessitando de uma lei que regulamente o trabalho intermitente em sua completude. Ademais, se foi necessária a edição de portaria para restabelecer alguns dos aspectos disciplinados pela MP 808/17, era preferível a conversão dessa medida provisória em lei por atribuir mais segurança jurídica aos sujeitos do aludido contrato de trabalho.

#### **4 CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE *VERSUS* CONTRATO DE TRABALHO PADRÃO**

Antes de colocar frente a frente as características dos contratos que dão nome ao título deste subtópico é cabível que se faça uma breve conceituação acerca do que é o contrato individual de trabalho. Senão vejamos, o contrato de trabalho se trata de negócio jurídico expresso ou tácito em que há submissão de pessoa física perante outra pessoa física ou jurídica ou ente despersonalizado a prestar serviços de maneira personalíssima, habitual, subordinada e onerosa (DELGADO, 2019).

A partir do conceito tradicional dado ao contrato individual de trabalho é importante destacar as principais características que os validam: pessoalidade, habitualidade, subordinação, onerosidade, alteridade. A pessoalidade diz respeito a quem presta os serviços, que deve ser aquele que assina o contrato, não podendo se

fazer substituir sem autorização expressa do empregador. A habitualidade preza para que o contrato seja contínuo, sem interrupções, sucedendo no tempo de forma continuada. A subordinação é caracterizada pela direção por parte do empregador sobre a prestação de serviços do empregado, pois este depende daquele para que sejam prestados os serviços. A onerosidade caracteriza-se prestação de serviços e na contraprestação devida pelo serviço ter sido prestado, onde há perdas e ganhos para ambas as partes. A alteridade diz respeito aos riscos inerentes ao contrato de trabalho que são de ônus do empregador.

Com bases nas aludidas características que exurgem para tornar válidos os contratos empregatícios, segue-se tabela acerca do contrato de trabalho padrão e o contrato de trabalho intermitente com o intuito de diferenciar os principais pontos dessas supramencionadas relações de trabalho para melhor entendimento. De antemão é ideal saber que as características mencionadas acima são de um contrato padrão, porém nem todas vão ser características do contrato intermitente, uma vez que algumas sofrem alguma relativização.

<b>Características do contrato de trabalho</b>	<b>Contrato de trabalho padrão</b>	<b>Contrato de trabalho intermitente</b>
<b>Pessoalidade</b>	A prestação de serviços pelo próprio empregado, sem sua substituição.	A prestação dos serviços ocorre exclusivamente pelo contratado.
<b>Habitualidade</b>	A prestação de serviços é habitual, caracterizada pela sua continuidade sem interrupções.	Não existe habitualidade, este é um contrato de trabalho caracterizado pela eventualidade, onde há tempos de prestação de serviços e tempo de inatividade.
<b>Onerosidade</b>	Para cada mês em que o empregado utiliza da sua força de trabalho há uma contraprestação não inferior ao mínimo constitucional.	Há contraprestação ao final de cada período de prestação de serviços, sendo incerto a data de recebimento, não sendo

		observado o salário mínimo, mas a hora mínima de trabalho.
<b>Subordinação</b>	Há dependência do empregado para com o empregador caracterizando a subordinação a todo tempo, pois o empregado encontra-se a disposição do empregador.	A subordinação está presente no trabalho intermitente, havendo contradição quanto a não aceitação pelo empregado para prestar serviços e quando o trabalhador está inativo não está à disposição do empregador.
<b>Alteridade</b>	O empregador aqui assume os riscos da prestação de serviços, bem como da atividade empresarial.	O trabalhador assume o risco da prestação de serviços, pois não sabe quando irá trabalhar novamente após o tempo de inatividade.

**Tabela 1 – Contrato de trabalho padrão *versus* contrato de trabalho intermitente.**

Como se vê, no contrato padrão empregatício a prestação de serviços é prestada pelo próprio contratado, sendo a atividade por ele exercida de forma contínua, recebendo o valor constraprestacional periódico pelo trabalho feito, observando o mínimo constitucional, bem como o salário determinado para algumas categorias. Aqui o trabalhador se sujeita a vontade do empregador para exercer suas atividades, permanecendo sempre à disposição deste assuntor dos riscos da prestação de serviços.

No contrato de trabalho intermitente, também há prestação de serviços pelo próprio empregado, mas não há habitualidade na prestação de serviços devido aos períodos de inatividade do trabalhador intermitente. A onerosidade, assim como no contrato padrão, se caracteriza aqui, mas não há um mínimo salarial mensal a ser pago a este trabalhador sendo observada a hora mínima legal devendo este ser pago ao final de cada período trabalhado. Subordina-se o trabalhador intermitente ao empregador, mesmo que não aceite exercer o trabalho para o qual foi convocado, bem como no período de inatividade que não fica à disposição do empregador, podendo trabalhar para outros empregadores inclusive. Dessa forma, não é ônus do empregador os riscos da prestação de serviços, pois o trabalhador temo encargo de

assegurar e administrar sua manutenção no mercado de trabalho, alternando a sua existência entre ocupar postos de trabalho e procurar por outros postos de trabalho para serem ocupados (TEXEIRA E GONÇALVES, 2017).

## **5 A FLEXIBILIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS TRABALHISTAS NO ÂMBITO DO CONTRATO INTERMITENTE**

Conforme o entendimento de Nascimento (2014, p. 119) os princípios jurídicos são instituidores de convicções reconhecidas pelo Direito, nas quais devem ser seguidos para cumprir a sua finalidade no ordenamento. Exercendo a função de nortear a compreensão, como um alicerce para um viés direcionado, através da interpretação dentro da linha de pensamento, integrando a norma através do entendimento disposto.

Os princípios especiais trabalhistas possuem uma grande força quando se fala em garantias, formam o denominado núcleo basilar do direito do trabalho, não só por estarem enraizados na essência da função teleológica do direito do trabalho, mas por sua amplitude expandida e difundida no meio material do direito do trabalho (DELGADO, 2019).

Com a regulamentação do contrato de trabalho intermitente no ordenamento jurídico brasileiro havia expectativa de maiores direitos ao contratado, facilidade de contratação e o mínimo de flexibilização. No entanto, o princípio da imperatividade das normas é relativamente afastado, deixando de restringir a manifestação de vontade das partes, já que no contrato de trabalho intermitente, a faculdade de escolha sobre a quantidade de atividades desempenhará e quais, estando assim a mercê da vontade do empregador, trazendo assim um retrocesso de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários (LIMA, 2017, p. 75).

Conforme Delgado (2019, p. 245), o princípio da continuidade da relação de emprego direciona-se a participação do empregado na estrutura e dinâmica empresariais, bem como a permanência com o vínculo empregatício, interesse direto do Direito do trabalho, assegurando o objetivo de alcançar melhores condições a classe trabalhadora. No entanto, a partir do momento em que se aceita o contrato de trabalho intermitente se coloca disposto a insegurança da continuidade deste que, para Cassar (2018, p. 512) a modalidade de contrato trará inseguranças a quem lhe firmar, não terá alguma garantia do tempo mínimo que vai exercer seja por mês ou durante o ano, nos quais estará à disposição do empregador, mas não contará como tempo de serviço, divergindo o aplicado no art. 4º da CLT, que dispõe sobre período de inatividade dos contratos de trabalho comuns.

O princípio da intangibilidade salarial dispõe sobre o salário assegurado em seu valor, montante e sua disponibilidade ao empregado. Derivando este princípio diretamente do seu caráter alimentar, sua essencialidade para a sobrevivência, sendo uma das fortes garantias diversas da figura econômico-jurídica e também do princípio da dignidade humana (DELGADO, 2019). Tal princípio também é flexibilizado na regulamentação do contrato de trabalho intermitente, já que no art. 452 – A da CLT, dispõe que será remunerado o trabalhador intermitente conforme as horas trabalhadas, sendo essas conforme o valor hora do salário mínimo ou do pago aos demais funcionários exercendo a mesma função. Assim, o dispositivo fragiliza o trabalhador intermitente, a partir do momento que traz distinções do artigo 76, da CLT, estabelecendo um salário abaixo do mínimo.

Trazendo para o cenário atual, Silva (2017, p. 73) dispõe também que “a ideia trazida no art. 452-A nada mais é do que a elaboração de um cadastro com os dados do empregado para, se houver trabalho, ele ser acionado, mas sem o compromisso de ser chamado e sem o compromisso de atender ao chamado”.

Assim, pode-se dizer que o empregador por livre e espontânea vontade, delibera sobre chamar ou não o trabalhador, e este será o único a deliberar se vai ocorrer a efetivação ou não. No entanto, se o trabalhador depender somente da renda proveniente da intermitência para sua subsistência, retirando-a não existirá remuneração, pondo a parte vulnerável do contrato para a aceitação obrigatória, tornando a liberdade do contrato relativa.

## **6 A PERDA DA VIGÊNCIA DA MP 808/2017 E OUTROS IMPACTOS NOCIVOS SOBRE O CONTRATO INTERMITENTE**

### **6.1 A violação ao princípio de proteção integral ao trabalhador no trabalho intermitente**

A existência de uma relação de emprego pressupõe um empregado e um empregador, sendo aquele a parte mais fraca. Assim, a situação de hipossuficiência do trabalhador decorre da sua vulnerabilidade dentro da relação trabalhista, não se relacionando com poder aquisitivo, nível educacional ou de informação das partes. A vulnerabilidade tem a ver com o exercício efetivo da autonomia da vontade (CARELLI, 2017). É aqui onde o princípio da proteção tem incidência, uma vez que a proteção vai ser concretizada ao controlar o poder do empregador, impedindo-o de compelir sua própria vontade de maneira desenfreada.

Neste sentido, o princípio da proteção vai abranger praticamente todos os princípios nos quais são especiais do Direito Individual do Trabalho como, por exemplo, o princípio da imperatividade das normas trabalhistas, o princípio da



inalterabilidade contratual lesiva o da continuidade da relação de emprego, e assim sucessivamente. Assim, conforme a doutrina majoritária, seguindo Américo Plá Rodrigues, há a defesa de que o princípio da proteção se trata de gênero que comporta três princípios: o da condição mais benéfica, o da norma mais favorável e do *in dubio pro operario* (VIEIRA, 2019).

Diante disso, o princípio da condição mais benéfica estabelece que todo tratamento mais vantajoso ao trabalhador, ofertado de forma tácita e rotineira, não pode ser anulado porque desde já integra o salário do empregado, devendo ser mantido. Destarte, existindo cláusula ou condição em lei anterior mais frutuosa ao obreiro, ainda que sobrevenha lei nova abordando sobre a mesma matéria, a condição mais benéfica deve permanecer (VIEIRA, 2019).

A partir disso, é importante também mencionar sobre lei mais benéfica posterior que traria condições mais benéficas ao trabalhador intermitente, porém perdeu sua vigência. Este é o caso da MP 808/17, esta medida provisória trouxe significativas condições benéficas ao trabalhador. A extinção da multa de 50%, por exemplo, que o obreiro não precisaria pagar caso houvesse distrato em caso de prestação de serviços acertada. Com a perda da vigência da MP 808/2017, o empregado volta a pagar a multa em caso de descumprimento não justificado. Contudo, se norma anterior for mais benéfica que a posterior, a anterior prevalece. Então, diante de norma posterior que deixa de vigor que trouxe condições mais vantajosas ao trabalhador, estas também deveria permanecer, pois de acordo com o princípio em questão e o exemplo utilizado, afeta diretamente o salário do empregado, uma vez que o obreiro teria que pagar 50% do valor que receberia.

Ademais, tem-se o princípio da norma mais favorável que determina que o hermeneuta deve decidir pela norma mais favorável ao trabalhador no instante da elaboração da regra, quando houver choque entre regras e quando for interpretar normas. Assim, partindo do pressuposto que o princípio aduzido tem, dentre suas funções, a de elaboração das normas jurídicas que devem estar compatíveis com a desvantagem econômica do empregado dentro da relação laboral, ocorre a violação do princípio em tela em decorrência da perda de vigência da MP 808/17.

Quanto ao princípio *in dubio pro operario* Cassar (2018, p. 254) expõe que:

Recomendamos que deva prevalecer a interpretação decorrente do princípio da proteção ao trabalhador, isto é, o princípio interpretativo *in dubio pro misero*, segundo o qual se a norma comportar mais de uma interpretação razoável, o exegeta deverá optar por aquela mais favorável ao trabalhador.

Tendo em vista isto, a MP 808/17 foi elaborada levando em conta a hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador frente ao empregador na relação de trabalho e se tratava de norma mais favorável ao obreiro intermitente, uma vez que tinha, além de outras funções, evitar que os empregadores demitissem trabalhadores padrões para os admitir como trabalhador intermitente. No entanto, com a queda da MP citada, norma mais favorável ao trabalhador deixou de existir, desprotegendo-o como consequência.

Segundo Vieira (2019, p. 70), a lei nº 13.467/17 modificou “muito mais artigos da CLT em favor do empregador do que do empregado, e que pode ser observado, em certos casos, a diluição do princípio da proteção ao trabalhador em benefício da proteção do empregador”. A MP 808/17 foi elaborada para atenuar a diluição do princípio da proteção, pois trazia provisões indispensáveis para a correta estipulação dos direitos do trabalhador intermitente, que não estiveram disciplinados na Lei nº 13.467, de 2017.

## **6.2 A situação da gestante em trabalho intermitente**

Um ponto importante para se analisar quando se trata de trabalho intermitente é a situação da gestante e as garantias de convocação que terá no período da gravidez. Diante disso, surgem indagações que Cassar (2018, p. 253 e 254) explana bem:

A empregada que engravida no período de inatividade, terá estabilidade na inatividade? Deverá ser convocada ao trabalho? De forma oposta, se engravida no curso do trabalho efetivo, terá o direito a continuar trabalhando, mesmo que a convocação tenha sido expressa limitando o período de trabalho em apenas 10 dias?

Neste sentido, a gravidez é um período delicado em que a gestante pode ter algumas restrições para efetuar tarefas em seu trabalho que antes realizava, para que não venha a causar danos à vida que se desenvolve em seu ventre. Além disso, é fundamental que haja supervisão médica através do pré-natal. Assim, diante das omissões legislativas no tocante a trabalhadora intermitente gestante, o patrão pode facilmente não convocá-la para trabalhar pelas razões acima expostas. Portanto, o empregador manteria a gestante no emprego, porém sem a garantia de ser requisitada para exercer algum trabalho efetivamente, porque, diante da previsão legal vigente acerca do trabalho intermitente, entende-se que a convocação para a prestação de serviços da empregada grávida seria um direito exclusivo do empregador (GUNTHER; LIMA; NETO, 2019).

Com base nisso, tinha-se através da MP 808/17, uma única previsão a respeito da gestante, mais precisamente no §14 do artigo 452-A, prevendo o pagamento da licença-maternidade pela Previdência, assim como já acontece com as empregadas domésticas e mães adotivas. Na vigência da medida provisória aduzida ainda tinha alguma garantia para a gestante, ainda que deficiente, todavia não há mais qualquer previsão legal a respeito do contrato intermitente com relação a trabalhadora.

Assim, deve-se não focar apenas na estabilidade da gestante, pois tem-se que atentar para que a trabalhadora tenha segurança com relação a sua subsistência ao longo do período gestacional e nos primeiros meses após o parto. Destarte, em observância ao princípio da proteção ao trabalhador, não se admite exegese legislativa que aborte a sobrevivência do operário (GUNTHER; LIMA; NETO, 2019).

Contudo, é preciso que o poder legislativo atente para estas questões omissas relacionadas a gestante enquanto trabalhadora intermitente, pois, o que há de se pensar, é que diante do cenário legal atual a mulher trabalhadora é massa de manobra no poderio do empregador, tendo em vista que a lei não obriga a permanência da gestante no trabalho, muito menos a sua convocação.

### **6.3 Acidente de trabalho**

Em volta a tantas precarizações, encontramos o trabalhador intermitente em meio a mais uma situação de omissão legal, sobre garantias nos casos de acidente de trabalho e sua aplicação. Assim, não há previsão na lei sobre os acidentes de trabalho tanto típicos como atípicos. Na forma típica, ou a mais comum, ocorre durante a prestação do trabalho, onde o empregador vai figurar como polo passivo. Em contrapartida, quando atípico no qual é resultado do trabalho, a análise de como ocorrerá a responsabilidade deverá ser por prova técnica rogada por magistrado, observando aspectos do ambiente, bem como de proteção através do uso de equipamentos individuais, treinamento e a efetiva fiscalização (MELEK, 2019).

De mesmo modo, o autor Melek (2019, p. 76) dispõe que, a interpretação da garantia do emprego nos casos atípicos, deveram ser feitos seguindo os contratos com prazo determinado, *in verbis*.

*“Superada a *questio iuris* de qual empregador suportará a garantia de emprego, prima facie nos parece que a garantia de emprego será cumprida nos mesmos moldes que a jurisprudência já vem aplicando a contratos por prazo determinado, dada a similitude, uma vez que cada convocação ao trabalho possui lapso temporal absolutamente determinado.”*

Então, o trabalhador intermitente vai ser amparado conforme normas que não lhe são específicas, e também poderá se utilizar da prevalência da convenção coletiva ou acordo coletivo conforme dispõe o art. 611 –A, inciso VII, da CLT. Situações em que, a garantia da estabilidade do emprego pode ocorrer por negociação coletiva caso o afastamento seja superior a 15 (quinze) dias, garantindo assim o mínimo de remuneração para a manutenção vital, no período em que permanecer inativa todas as convocações do trabalhador, buscando a plena recuperação deste (NOGUEIRA, 2017).

## **6 CASO PRÁTICO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

Ao analisar a jurisprudência nacional, nota-se que a matéria no tocante a regulamentação do trabalho intermitente ainda não foi suficientemente enfrentada. Com base nisso, alguns julgados dos tribunais que tratam do assunto ilustram de maneira nítida as controvérsias existentes entre desencadeadas pela insuficiente regulamentação do contrato de trabalho intermitente.

Em 2019, o caso de um assistente de loja contratado pela Magazine Luiza, já na vigência da Reforma Trabalhista de 2017, que faz requerimento de comutação de contrato de trabalho intermitente para contrato de trabalho por tempo indeterminado, e ainda que lhe fosse pago o valor completo do salário por todo o período.

Contratado em novembro de 2017, o trabalhador que prestou serviços durante 98 (noventa e oito) dias pediu a nulidade do contrato de trabalho intermitente, tendo em vista que ele estaria violando o regime empregatício, a dignidade da pessoa humana, a responsabilidade para com a profissionalização e o escalão essencial de proteção ao trabalhador que se mantém pelo seu labor.

Nisso, o pedido foi julgado improcedente pelo juízo de primeiro grau, porém o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região deu procedência ao pedido sob fundamento de “que o trabalho em regime intermitente é lícito de acordo com a nova legislação, todavia, deve ser feito somente em caráter excepcional, ante a precarização dos direitos do trabalhador” e, além disso, que somente seria para suprir demandas de empresas pequenas, não podendo ser utilizado para guarnecer atividade regular e permanente.

Ademais, o TRT da 3ª Região faz interpretação extensiva do parágrafo 3º do artigo 443 da CLT na parte em que fala da independência do trabalho intermitente quanto ao tipo de atividade exercida pelo empregado ou empregador. Entendeu o Regional que quando a lei traz essa redação, o legislador referiu-se ao cargo

desempenhado pelo trabalhador dentro da empresa, não fazendo menção ao caráter da atividade.

Todavia, o Tribunal Superior do Trabalho, por sua 4ª turma, divergiu da colocação do TRT, fundamentando em sede de Recurso de Revista lesão ao princípio da legalidade sob alegação de que com seus excessos exegéticos queria o Tribunal reduzir o campo de aplicação da nova modalidade de contrato celetista, definindo parâmetros além daqueles que a lei prevê, pois de acordo com o texto literal da lei o trabalho intermitente não é direcionado apenas para algumas atividades ou empresas e, inclusive, não tem “caráter excepcional”. Assim, declarou que a Reclamada preencheu todos os requisitos legais no que tange à contratação do Reclamante como trabalhador intermitente.

Em observância ao caso mencionado, percebe-se as consequências causadas pela ausência de regulamentação adequada, tendo em vista que o TRT da 3ª Região, aplica a lei com observância aos direitos e princípios do trabalho que estão à disposição do trabalhador, buscando proteger a parte hipossuficiente da relação empregatícia. Enquanto isso, o TST leva em conta o texto literal da lei sem observar as necessidades, garantias e princípios já conquistados pelo trabalhador, tornando o cenário inseguro juridicamente.

## **6 CONCLUSÃO**

O trabalho intermitente surgiu no Reino Unido, modelo adotado no Brasil, frente aos modelos existentes em outros países que tem uma legislação mais completa a respeito do trabalhador intermitente. Neste sentido, verifica-se que o Brasil adotou o modelo que não dá garantia de emprego e muito menos de recebimento de salário.

Assim, pode-se considerar o trabalho intermitente como uma nova forma de contratação, que reduz custos para o empregador, estimulando substituições do trabalhador padrão por pelo intermitente, fato que desencoraja o empregado e piora o círculo da miséria, contrariando a continuidade da relação de emprego, o bem-estar do trabalhador no meio ambiente de trabalho, o aperfeiçoamento e qualificação da mão de obra.

A definição trazida pela Reforma Trabalhista acerca do trabalho intermitente transgrediu integralmente a proteção do trabalhador, já que cria um contrato que explora intensamente a força de trabalho, considerando-se como subemprego, elevando a desigualdade e potencializando a precariedade no trabalho.

Para que sejam atenuados os efeitos degradantes dos direitos já conquistados pelos obreiros, deve-se respeitar o conjunto normativo do Direito do Trabalho, interpretando-o em sua completude e fazendo ponderações das normas que mais beneficiam o trabalhador, com observância a dignidade da pessoa humana, a proteção do trabalho digno, a proteção integral ao trabalhador e os demais princípios especiais do Direito do Trabalho, bem como reconhecer os direitos essenciais do cidadão trabalhador.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri César. Trabalho Intermitente e os desafios da conceituação jurídica. **Revista JusLaboris**. Ano 2019. Jan, 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/150638>. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL [Exposição de Motivos da Medida Provisória 808/2017]. **EM n. 00023/2017 MTB**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 09 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2017/medidaprovisoria-808-14-novembro-2017-785757-exposicaodemotivos-154248-pe.html>. Acesso em: 02 dez. 2019.

BRASIL. [Consolidação das Leis do Trabalho (1943)]. **Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. **Medida Provisória nº 808 de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho CLT, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm). Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4. Turma). **Processo nº TST-RR-10454-06.2018.5.03.0097**. Agravo de instrumento. Rito sumaríssimo. Trabalho intermitente. Transcendência jurídica. Violação do art. 5º, II, da CF. Recurso de revista. Rito sumaríssimo. Trabalho intermitente. Matéria nova. Transcendência jurídica. Violação do art. 5º, II, da CF. Desrespeito patente à lei 13.467/17, que introduziu os arts. 443, § 3º, e 452-a na CLT. Relator: Ives Gandra Martins Filho. Disponível em:



<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=10454&digitoTst=06&anoTst=2018&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>. Acesso em: 25 nov. 2019.

CARRELI, Rodrigo de Lacerda. O princípio da proteção em xeque. **Revista TST**, São Paulo, vol. 83, no 4, out/dez 2017. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/128111/2017\\_carelli\\_rodrigo\\_principio\\_protecao.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/128111/2017_carelli_rodrigo_principio_protecao.pdf?sequence=1). Acesso em: 17 jan. 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho: de acordo com a reforma trabalhista**. 16. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método. 2018.

CASSAR, Vólia Bonfim. Uma das novidades da reforma trabalhista: o contrato intermitente. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região**, ano 2018, nº 18. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/Revista%20TRT21/Das%20Novidades%20da%20reforma%20trabalhista%20-%20o%20contrato%20intermitente,%20Uma.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2019.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho intermitente-trabalho "zero hora"-trabalho fixo descontínuo. **Revista Jus Laboris**. 2018. Disponível em: [https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as\\_sdt=0%2C5&q=O+trabalho+intermitente+na+legisla%C3%A7%C3%A3o+la+boral+italiana+e+brasileira&btnG=](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=O+trabalho+intermitente+na+legisla%C3%A7%C3%A3o+la+boral+italiana+e+brasileira&btnG=). Acesso em: 25 out. 2019.

COLUMBU, Francesca. O trabalho intermitente na legislação laboral italiana e brasileira. **Revista de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho**, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/Dirdotrabalhoeprocessodotrabalho/article/view/1424>. Acesso em: 27 mar. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18ª. ed. São Paulo: LTr, 2019.

GUNTHER, Luiz Eduardo; LIMA, Priscila Luciene Santos de; NETO, Frederico Slomp. Estabilidade da gestante no contrato de trabalho intermitente. **Revista Relações Internacionais do Mundo Atual**, v. 3, n. 24, 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3928>. Acesso em: 10 maio 2020.

LIMA, Francisco Meton Marques de, LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma trabalhista: entenda ponto a ponto**. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. 10<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 22<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELEK, Marlos Augusto. Trabalho Intermitente. **Revista Jus Laboris**, p. 74-77, 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/150433>. Acesso em: 27 mar. 2020.

MINISTÉRIO DO TRABALHO (Brasília). Portaria n. 349/18, de 23 de maio de 2018. Estabelece regras voltadas à execução da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, no âmbito das competências normativas do Ministério do Trabalho. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 24 de maio de 2018. Disponível em: [http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ ORGAOS/MTE/Portaria/P349\\_18.html](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ ORGAOS/MTE/Portaria/P349_18.html). Acesso em: 02 dez. 2019.

MIRANDA, Renata Ferreira Spíndola de. **Trabalho intermitente: experiências comparadas**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/8775/1/RFSMiranda.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 39. ed. São Paulo: LTr, 2014.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O contrato de trabalho intermitente na reforma trabalhista brasileira: contraponto com o modelo italiano. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15<sup>a</sup> Região**, n. 51, p. 127-148, 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/125435>. Acesso em: 30 mar. 2020

SCHNEIDER, Natasha. **O Contrato de trabalho intermitente no direito português e a introdução desta modalidade contratual no direito brasileiro através da lei 13.467/2017**. Repositório da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/37332>. Acesso em: 15 abr. 2020.

SILVA, Alexandre Antônio Bruno da Silva; SANTOS, Aline Maia dos; BEZERRA, Stéfani Clara da Silva. Contrato de trabalho intermitente: benefícios ou forma de precarização do trabalho?. **Revista da Escola Nacional de Inspeção do Trabalho**. 2019. Disponível em:

<https://enit.trabalho.gov.br/revista/index.php?journal=RevistaEnit&page=article&p=view&path%5B%5D=70>. Acesso em: 20 dez. 2019

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista: análise da lei 13.1467/2017 - artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

TEIXEIRA, Érica Fernandes; DA SILVA GONÇALVES, Nicolle Wagner. Afrontas ao pacto constitucional: o trabalho intermitente regulamentado e a flagrante afronta aos direitos trabalhistas no Brasil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, v. 21, n. 2, p. 31-42, 2017. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br//index.php/revista10/article/view/179>. Acesso em: 03 mar. 2020.

VIEIRA, Eduardo Baptista. A inobservância do princípio da proteção ao trabalhador pela reforma trabalhista. **Laborare**, v. 2, n. 3, p. 60-80, 2019. Disponível em: <https://trabalhodigno.org/laborare/index.php/laborare/article/view/34>. Acesso em: 02 fev. 2020.

#### NOTAS:

[1] Acadêmica de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail*: vitoria.almendra13@hotmail.com.

[2] Orientadora do presente artigo, Mestre em Direito, professora do Centro Universitário Santo Agostinho. *E-mail*: erikavilar@hotmail.com.

[3] [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961)

[4] [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)

[5] <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/11/trabalho-sem-carteira-e-por-conta-propria-batem-novos-records-diz-ibge.shtml>

[6] <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf#page=64>

[7] [https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto\\_Legislativo\\_15\\_giugno\\_2015\\_n.81.pdf](https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto_Legislativo_15_giugno_2015_n.81.pdf)

[8] <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2017/medidaprovisoria-808-14-novembro-2017-785757-exposicaodemotivos-154248-pe.html>

## **GUARDA COMPARTILHADA E ALIENAÇÃO PARENTAL: COMPREENDENDO AS CONSEQUÊNCIAS EMOCIONAIS PARA OS FILHOS**

**FRANCISCO DE ASSIS BANDEIRA BRITO:**

Acadêmico do Curso de Direito do Centro  
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

**ULYSSES DE LEON ALMEIDA NORONHA<sup>[1]</sup>**

(coautor)

**SAMILA MARQUES LEÃO<sup>[2]</sup>**

(orientadora)

**RESUMO:** A alienação Parental é considerada uma tortura emocional, no qual afeta principalmente as crianças, que são vistas como principais vítimas, podendo ocasionar o desenvolvimento de problemas psicológicos em suas vidas. O tema consiste na forma em que o alienante, que é visto de vários pontos, seja como genitor guardião, ou indiretamente por terceiros ou pelo próprio genitor no qual não se detém o poder de guarda da criança afetada a guarda unilateral. O presente trabalho utiliza como metodologia a pesquisa qualitativa através de um bibliográfico. Segundo Gunther (2016), uma vantagem da pesquisa qualitativa é utilizar “dados que ocorrem naturalmente para encontrar sequências em que os significados dos participantes são exibidos e, assim, estabelecer o carácter de algum fenômeno. Diante do pressuposto o presente trabalho tem como objetivo geral analisar as consequências emocionais nos filhos, na guarda compartilhada em decorrência da alienação parental e como objetivos específicos: analisar a alienação parental e seus aspectos históricos; descrever a síndrome da alienação parental; descrever as consequências emocionais da alienação parental no menor dessa forma analisando o estatuto da criança e adolescente.

**Palavras-chaves:** Alienação, Síndrome, Criança, Adolescente, Parental.

**ABSTRACT:** Parental alienation is considered an emotional torture, in which it mainly affects children, who are seen as the main victims, and may cause the development of psychological problems in their lives. The theme consists of the way in which the alienator, who is seen from several points, either as a guardian parent, or indirectly by third parties or by the parent in which the custodial power of the affected child does not hold unilateral custody. The present work uses qualitative research as a methodology through a bibliographic. According to Gunther (2016), an advantage of qualitative research is to use “naturally occurring data to find sequences in which the meanings of the participants are displayed and, thus, to establish the character of some phenomenon. Given the assumption, the present work aims to analyze the emotional consequences in children, in shared custody as a result of parental

alienation and as specific objectives: to analyze parental alienation and its historical aspects; describe the parental alienation syndrome; describe the emotional consequences of parental alienation in children in this way by analyzing the status of children and adolescents.

**Keywords:** Alienation, Syndrome, Child, Adolescent, Parental.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Alienação Parental. 2.1. Aspectos Históricos. 3. Síndrome da Alienação Parental. 3.1. Conceitos da Alienação Parental e Síndrome da Alienação Parental. 3.2. Guarda Compartilhada. 4. Consequências Emocionais da Alienação Parental no Menor. 4.1. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Nº8.069/90). 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A Alienação Parental acarreta sofrimento emocional para os envolvidos, principalmente à criança, que é a maior vítima, podendo desenvolver problemas psicológicos para o resto de sua vida. Por isso, é uma afronta a dois importantes princípios constitucionais: o da Dignidade da Pessoa Humana e o do Melhor Interesse do Menor, que também estão dispostos no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8069/ 1990). Trindade (2017), traz que:

Quando a ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, o que faz surgir um desejo de vingança: desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. O filho é utilizado como instrumento da agressividade – é induzido a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. (TRINDADE, 2017, p.178)

Na literatura, de acordo com pinho (2018), o autor relata que geralmente a alienante, é a mãe, e o alienado o pai. Isso ocorre pelo fato de que nos dias atuais a mãe ainda detém a guarda de criança numa separação judicial na maior parte dos casos.

O presente estudo busca discutir a alienação parental, as consequências emocionais para os filhos e a aplicabilidade da guarda compartilhada prevista no nosso ordenamento jurídico como dispõe a Lei 13.058/2014. Abordando de maneira sucinta as modalidades de guarda, trazendo também assuntos interligados como o

poder familiar e alienação parental, realidade que pode gerar a síndrome da alienação parental (SAP).

Os estudos sobre o direito da família têm apontado temas bastante complexos, como a alienação parental e a guarda compartilhada, buscando analisar o fenômeno no sentido de buscar soluções para esses tipos de litígios, aonde envolve principalmente o melhor interesse da criança e do adolescente.

Outra discussão importante é a guarda compartilhada, condição que funciona nos casos onde os genitores entendem que o vínculo rompido foi o da união conjugal e não o de pais para filho. O estudo mostra que a guarda compartilhada teria 100% de sua eficácia, se os pais convivessem de maneira harmônica e respeitosa visando sempre os direitos fundamentais do filho para que tenha uma boa formação psicológica.

O presente trabalho utiliza como metodologia a pesquisa qualitativa através de um bibliográfico. Segundo Gunther (2016), uma vantagem da pesquisa qualitativa é utilizar “dados que ocorrem naturalmente para encontrar sequências em que os significados dos participantes são exibidos e, assim, estabelecer o carácter de algum fenômeno.

Gunther (2016) afirmou que a pesquisa qualitativa deve ser utilizada para estudar um “fenômeno no seu contexto natural”, sem que o pesquisador tenha controle das variáveis presentes no caso a ser estudado. Esta pesquisa se refere à uma abordagem qualitativa, onde deseja pegar as essências do problema e acredita-se que será capaz de verificar a qualidade da temática em questão.

Portanto, o estudo busca compreender o melhor interesse da criança e do adolescente quando há um litígio dentro da guarda compartilhada, para que não haja uma alienação parental e com isso o menor não possa desenvolver um ou mais sintomas da síndrome da alienação parental.

Diante do pressuposto o presente trabalho tem como objetivo geral analisar as consequências emocionais nos filhos, na guarda compartilhada em decorrência da alienação parental e como objetivos específicos: analisar a alienação parental e seus aspectos históricos; descrever a síndrome da alienação parental; descrever as consequências emocionais da alienação parental no menor dessa forma analisando o estatuto da criança e adolescente.

## **2 ALIENAÇÃO PARENTAL**



O poder familiar é um dever recíproco dos genitores a ser praticado no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos pais, sendo que se os genitores não tiverem acatando com os seus deveres, e, vindo a prejudicar o seu filho, o Estado tem o direito de intervir, podendo suspender e até excluir o poder familiar (FERNANDES, 2015).

O poder familiar pode ser exercido pelos pais de forma conjunta, pelo pai ou pela mãe unilateralmente, ou ainda de forma compartilhada, dividindo o tempo de convivência com o filho de forma igualitária, buscando, assim, o melhor interesse da criança (FERNANDES, 2015).

Por isso, a suspensão e a destituição são sanções aplicadas aos genitores que não cumprem com os deveres inerentes ao poder familiar, sendo esses deveres o de fornecer aos seus filhos educação e criação; representá-los até os dezesseis anos e assisti-los até os dezoito, tê-los em sua guarda e companhia; na sua falta, nomear tutor, permitir ou negar consentimento para casarem e reclamá-los de quem o detenha ilegalmente, conforme estabelecido no art. 1634 do Código Civil (DIAS, 2015).

Os pais devem zelar por seus filhos, dando prioridade sempre ao interesse da prole, no sentido de educação, saúde, proteção e bem estar em um ambiente harmonioso e respeitoso para que o mesmo se torne um cidadão sem transtornos psicoemocionais.

O poder familiar fica sob os olhos atentos e fiscalizatórios do Estado, assim, ao constatar uma falha grave dos pais, capaz de prejudicar o filho, o poder familiar pode ser suspenso, perdido e até extinto. O artigo 1637 do Código Civil de 2002 e o artigo 24 do Estatuto da Criança e Adolescente, tratam da perda e suspensão do poder familiar no caso de ausência dos deveres inerentes aos pais em relação aos filhos.

Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. (BRASIL, 2017).

A Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente), em seu artigo 33, dispõe que, a guarda em si nada mais é do que a prestação de assistência material, moral e condicional à criança ou adolescente. A definição de guarda, segundo as palavras de Dias (2015, p. 523):

A guarda dos filhos são implicitamente, conjunta, apenas se individualizando quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais. Também quando o filho for reconhecido por ambos os pais, não residindo eles sobre o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decide atendendo ao melhor interesse do menor (CC 1.612).

A dissolução da união conjugal é feita em relação aos genitores, não entrando na mesma o vínculo com o filho. Com isso, deve-se buscar o melhor interesse do menor não o colocando como parte dos conflitos dos pais, para que, assim, a dissolução conjugal não cause profundas sequelas psicoemocionais no menor envolvido, devendo sempre resguardar os direitos fundamentais dos filhos.

A alienação parental pode ocorrer logo após a separação dos cônjuges, quando os genitores estão psicologicamente abalados e enfraquecidos. Levando um desses genitores a usar de forma inadequada seu filho para atacar, sem qualquer argumento plausível, o outro genitor.

Sousa (2014, p. 8) traz que a despeito do que informa a literatura sobre separação conjugal, encontra-se em matéria publicada pela revista Isto É, que “pais e mães que mentem, caluniam e tramam com o objetivo de afastar o filho do ex-parceiro sempre existiram. A diferença é que, há agora, um termo que dá nome a essa prática: alienação parental”.

Dessa maneira, utilizando o filho de forma direcionada e agressiva para atacar o outro, o genitor alienante, pode vir a causar danos psíquicos ao menor, ocasionando, até mesmo a necessidade de acompanhamento de profissionais da saúde mental por muito tempo, fazendo com que essa criança possa desenvolver um ou mais sintomas da síndrome da alienação parental como ansiedade, nervosismo, depressão, insegurança, dentre outros.

Confirmada a prática abusiva, o juiz pode impor multas ou advertir o genitor alienante e beneficiar o guardião prejudicado. O alienante que de certa forma não pensou no melhor interesse do menor, deixará marcas dolorosas no alienado que foi enganado por alguém em que confiava. Contradizendo o instituto da guarda compartilhada, que preza pelo bem estar e boa convivência do filho com seus pais.

Segundo Haramoto (2013):

Eles desenvolverão dificuldade de relacionamento emocional e de adaptação; terão grandes perdas nas relações afetivas e não saberão ao certo qual o emocional sentimento em relação aos

pais, posto que em um momento, desenvolveu amor por um e ódio por outro e, de repente, a situação muda e os sentimentos podem ser invertidos, mas não compreendidos; o que causará um conflito irreparável (p. 45).

Um dos pontos importantes a serem observados pelos genitores nesse litígio entre eles são as consequências psicológicas que irão causar no menor, caso haja a ausência de uma boa convivência entre os genitores e o menor.

Vale destacar que, a alienação é um crime praticado contra a criança e o outro genitor, pois, o menor é enganado, manipulado, e colocado contra o não detentor da guarda de forma injustificada, para que o mesmo sinta ódio do seu pai ou de sua mãe, saindo também com sequelas dessa forma de vingança. Privando totalmente o outro genitor de viver uma relação sadia e amorosa com seu filho.

De acordo com Simão (2017), a alienação parental praticada por um dos ex-cônjuges contra o outro, tendo o filho como arma e *modus operandi*, merece a reprimenda estatal porquanto é uma forma de abuso no exercício do poder parental.

A alienação parental trata-se de uma prática instalada no rearranjo familiar após uma separação conjugal onde há filho(s) do casal. Os transtornos conjugais são projetados na parentalidade no sentido em que o filho é manipulado por um de seus genitores contra o outro, ou seja, é "programado" pelo ente familiar que normalmente detém sua guarda para que sinta raiva ou ódio pelo outro genitor. (SIMÃO, 2017, p. 14)

Simão (2017) traz ainda que geralmente, o genitor que realiza a alienação parental usa de suas próprias frustrações pelo fim do relacionamento conjugal no relacionamento entre ex-cônjuge e o filho comum.

O objetivo do alienador é distanciar o filho do outro genitor. Isso se dá de diversas formas, consciente ou inconscientemente. Assim é que o genitor alienador (transtornado psicologicamente que é) intercepta ligações e correspondências do genitor alienado para o filho evitando o contato entre estes, refere-se ao genitor alienado através de termos pejorativos, critica ostensivamente o estilo de vida do ex-cônjuge, critica os presentes dados pelo ente alienado ao filho, fala coisas negativas sobre o outro genitor e seus parentes à criança. Destas e outras formas propicia o alienador

o distanciamento entre pai/mãe e filho, processo esse às vezes irreversível. (SIMÃO, 2017, p. 14)

Silva (2017, p.29) traça o perfil do alienador parental, conforme se observa abaixo:

O alienador não respeita as regras e costuma não obedecer às sentenças judiciais. Presume que tudo lhe é devido e que as regras são só para os outros. É às vezes sociopata e sem consciência moral. É incapaz de ver a situação de outro ângulo que não o seu e especialmente o ponto de vista e interesse dos filhos são ignorados. Não distingue a diferença entre dizer a verdade e mentir. Deixar os filhos em contato com o outro genitor ou mesmo qualquer outra pessoa é para ele como arrancar parte de seu corpo, sendo muito convincente no seu desamparo e nas suas descrições quanto ao mal que lhe foi infligido e às crianças pelo genitor alvo. Consegue muitas vezes fazer as pessoas envolvidas com seu caso acreditarem nele.

Quando a criança fica privada do seu direito de ter um contato contínuo com ambos os pais, o afastamento pode acarretar danos para o seu desenvolvimento emocional e acredita não ser merecedora de amor, ficando com baixa autoestima e de abandono afetivo.

Canezin (2016) mostra que a inexistência de referência paterna causa prejuízos para toda a vida, desestruturando os filhos, fazendo com que se tornem inseguros e infelizes, por sua vez, ressalta a importância da família para o desenvolvimento da criança, pois as que possuem uma boa estrutura familiar possuem poucos problemas emocionais e se saem melhor na escola.

## 2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A síndrome da alienação parental foi identificada e elaborada em 1985 pelo professor de Psiquiatria infantil da Universidade de Columbia, Richard Gardner, que para Trindade (2017), pode-se dizer que se trata de um processo que consiste em programar uma criança para que odeie, sem justificativa, um de seus genitores, decorrendo daí que a própria criança contribui na trajetória de campanha de desmoralização.

No Brasil, em decorrência da promulgação da Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, o assunto ganhou força. Apesar desse tema já ter chegado ao nosso ordenamento jurídico, a Lei em destaque, ainda, é pouco aplicada. Isso acontece pela

falta de conhecimento específico, sobre essa síndrome, que inclui não só os advogados, como também promotores, juízes, psicólogos e assistentes sociais.

### **3 SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

De acordo com Trindade (2017, p. 22), a síndrome de alienação parental “foi difundida pela Europa, a partir das contribuições de F. Podevyn, e despertou muito interesse nas áreas da psicologia e do direito, por se tratar de uma entidade ou condição que se constrói na interseção desses dois ramos do saber”.

Mesmo com a separação dos cônjuges o nosso ordenamento jurídico traz a possibilidade de guarda compartilhada, que seria uma boa maneira de prevenir os problemas psíquicos da criança e do adolescente, em relação ao processo de separação, tendo seus genitores o dever de proporcionar ao menor à convivência familiar.

Ocorre que nem toda separação é amigável, fazendo com o que um genitor inconformado induza a criança ou adolescente a rejeitar o outro. O genitor alienado se torna uma pessoa totalmente estranha para o menor, surgindo então a alienação parental.

Diante dessa situação, a criança acaba desenvolvendo um ou mais sintomas da síndrome da alienação parental (SAP). Segundo Gardner (2012), essa síndrome define-se assim:

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de criança. Sua manifestação preliminar é campanha denigratória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação de instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação e doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. (GARDNER *apud* PALERMO, 2012, p. 16).

A interferência na formação psicológica da criança por meio de um dos genitores para afastar o convívio do outro com o menor é crime. Pois, em nenhum momento o genitor alienante pensa no melhor interesse do menor e como ele reagiria a tais transtornos mentais.

Assim, o genitor alienante ao buscar apenas satisfazer seu desejo de vingança, afastando o genitor alienado da vida do filho, pode vir a causar a necessidade de o

menor ter que ser acompanhado por um profissional da saúde mental, devido aos danos psicológicos advindos da alienação.

Gardner (2012) ainda revela que, principalmente perante o judiciário, o termo síndrome de alienação parental não é bem aceito, e preferencialmente utiliza-se alienação parental. Uma vez que segundo definição médica, a síndrome de alienação parental não seja realmente uma síndrome, visto que síndrome representa um conjunto de sintomas que juntos, caracterizam uma determinada doença.

Importante salientar, como demonstra Dias (2011), que a expressão síndrome de alienação parental sofre inúmeras críticas, visto que não se encontra prevista no CID-10, e nem no DSM IV. Pois como esclarece a referida doutrinadora, “síndrome” diz respeito a distúrbio, sintomas que aparecem em consequência de prática, de que os filhos foram vítimas, de grave reação emocional de seu genitor. Ao passo que “alienação” representa as atitudes que causam uma verdadeira campanha desmoralizante feita pelo “alienante”.

Dias (2011) elucida que tanto o genitor quanto o filho vítimas da prática da alienação parental podem ser chamados de “alienados”. E que “vem sendo utilizada a expressão ‘alienação parental’, que identifica o processo consciente, ou não, desencadeado por um dos genitores geralmente o guardião para afastar a criança do outro.” (DIAS, 2011, p. 16). Vale lembrar que a citada autora faz referência a tal fenômeno também como implantação de falsas memórias.

Geralmente, não há motivos reais que justifiquem essa condição. É uma programação sistemática promovida pelo alienador para que a criança odeie, despreze ou tema o genitor alienado, sem justificativa real (FERNANDES, 2015, p. 25).

Logo, é imprescindível que o Poder Judiciário conheça este conflito familiar para que assim possa apresentar soluções aos litigantes. Ao preservar a família, não apenas garante-se o bem-estar dos membros, como também um desenvolvimento saudável para os infantes que são as principais vítimas do fim do relacionamento dos pais.

### 3.1 CONCEITOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Alienação Parental é um tema complexo, que vem tomando relevância social devido à valorização da pessoa como ser integral. Está presente nas relações familiares, sobretudo, entre pais e mães separados, geralmente disputando a guarda do filho. Consiste num processo em que a criança ou adolescente é usado, como objeto, instrumento de agressividade, por um genitor levando o filho a odiar o outro,



podendo gerar a destruição do vínculo afetivo entre o genitor alienado e a criança ou adolescente envolvido. (PINHO, 2018)

É preciso que se saiba diferenciar a alienação parental da síndrome da alienação parental, a alienação parental se caracteriza pelo ato de induzir o menor a rejeitar e odiar um genitor que a ame, essa alienação por um dos genitores pode ser consciente ou não. Já a síndrome da alienação parental (SAP) consiste nos sintomas e sequelas que o menor possa apresentar, decorrente dos atos da alienação parental provocado por um dos seus genitores.

A Síndrome de Alienação Parental é um transtorno, um distúrbio psicológico, que tem acometido quase que exclusivamente em crianças e adolescentes onde os pais estejam envolvidos em litígio. A vítima em especial é a criança, que vive uma contradição de sentimentos, até o rompimento do vínculo afetivo. Isto se dá através da distorção da realidade.

É necessário diferenciar a Alienação Parental da Síndrome Alienação Parental. A primeira configura-se pelo fato de um dos genitores da criança ou adolescente realizar uma campanha de desmoralização, com a finalidade de transformar o genitor alienado um estranho fazendo com que o filho se afaste. Enquanto a Síndrome da Alienação Parental é um subtipo da Alienação Parental. É uma designação mais específica que diz respeito às consequências que a conduta do genitor alienante causa à criança e adolescente (GARDNER, 2012).

Por fim, cabe salientar que a alienação parental é o genitor tentando e, muitas vezes, conseguindo, afastar o seu filho do outro genitor. Já a síndrome da alienação parental é o filho colocando em prática toda essa manipulação que o genitor alienante faz.

### 3.2 GUARDA COMPARTILHADA

O dispositivo de guarda compartilhada, tem por objetivo reforçar os sentimentos de responsabilidade dos pais separados que não habitam com seus filhos. Dando a oportunidade da continuação da relação da criança com os dois genitores que, simultaneamente, devem se manter envolvidos nos cuidados relativos ao menor, evitando, que mesmo com a separação conjugal, haja a exclusão de um dos genitores no processo de educação do menor.

A guarda compartilhada é primordial para que não aconteça a alienação parental, pois protege a criança de possíveis prejuízos que a guarda unilateral pode trazer. Como analisado anteriormente, a guarda unilateral pode afastar o genitor não guardião do filho, vindo, em muitos casos, a surgir à alienação parental, sendo

prejudicial à formação psicológica da criança, pois o filho começa a sofrer com a falta da convivência do outro genitor. (GRISARD, 2016)

Com isso, o guardião que dificulta a convivência do seu filho com o ex-cônjuge, colocando empecilhos nas visitas agendadas, fazendo o filho a perder o convívio com o pai não guardião, torna o não detentor da guarda um mero visitante para o seu filho, podendo vir a perder o vínculo afetivo (ROSA, 2015).

Fiúza (2015, p. 230), assim conceitua a guarda unilateral:

A guarda normalmente é exercida em conjunto pelo pai e pela mãe, que coabitam com os filhos. No entanto, poderá ser concedida a um só dos pais, quando se achem separados, ou quando um se encontre impossibilitado de exercê-la, por estar preso, por exemplo. É chamada guarda unilateral.

A lei 13058/2014 que alterou o Código Civil, torna a guarda compartilhada regra no país, mesmo se não houver acordo entre os pais.

Já Dias (2015, p.525), define guarda compartilhada:

Quando ocorre o rompimento do convívio dos pais, a estrutura resta abalada, deixando-os de exercer, em conjunto, as funções parentais. Não mais vivendo com ambos os genitores, acaba havendo a redefinição de papéis. Tal resulta em uma divisão dos encargos. O maior conhecimento do dinamismo das relações familiares fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos, mesmo quando passado o vínculo conjugal.

A residência fixa da criança será a que atender melhor os interesses do menor, sendo o tempo de convivência de forma equilibrada dos genitores com a criança. Onde ambos tomarão decisões juntos sobre a vida do filho, salvo se um dos pais declarar que não deseja a guarda do menor.

Assim, conforme o caput do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, a família, a sociedade e o estado tem o dever de assegurar à criança e adolescente o direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, e profissionalização, os deixando a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

#### 4 CONSEQUÊNCIAS EMOCIONAIS DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO MENOR

A família desenvolve um papel importantíssimo na vida do filho após a separação conjugal, sendo fundamental para a boa qualidade de vida do menor. Caso esse apoio não ocorra, a criança e ao adolescente poderão desenvolver alguns transtornos relacionados à alienação, principalmente, devido às mudanças de ambiente, estrutura familiar e novas regras.

De acordo com Sanches (2012):

O desenvolvimento dos filhos dependerá dos pais, de como eles estão ou não saudáveis psicologicamente, visto que os pais promovem a segurança emocional da criança, a independência, o sucesso intelectual e a competência social. Nas casas de pais divorciados seria de grande importância se os ex-cônjuges mantivessem uma relação solidária, pois o autor traz a importância das relações pai e mãe para melhor adaptação da criança ao novo contexto familiar. As crianças mais jovens sofrem mais com o divórcio, até mesmo, acreditando serem culpadas por tal acontecimento.

Na síndrome da alienação parental uma das consequências mais visíveis, é que o menor assume os pensamentos do alienador, passando a odiar e rejeitar o outro genitor, trazendo uma contradição de sentimentos, que se perdurar por longo tempo, poderá trazer sérios problemas psicológicos como transtorno de ansiedade, depressão crônica, desespero, dentre outros.

Essas consequências psicológicas que a síndrome a alienação parental traz aos filhos varia de acordo com a idade, com sua personalidade, e com sua capacidade de resiliência (do menor e do genitor alienado), além de inúmeros outros fatores, alguns mais visíveis, outros mais recônditos. (FACHIN, 2016)

A saúde mental dos filhos deve ser o fator principal para os genitores, para que dessa forma eles cresçam de forma saudável, tranquila e tenham uma boa formação psicológica, prevenindo, com isso, o surgimento de patologias.

Para atender as necessidades dos filhos diante de separação litigiosa ou não, é necessário o fortalecimento do vínculo pai e mãe, buscando prevenir sequelas e assegurando o crescimento integral da criança em todas as áreas da sua vida.

Segundo Assis (2012, p. 45):

A família é o primeiro grupo ao qual a criança pertence e é a partir dele que surgem inúmeros tipos de vínculo que poderão interferir na formação da identidade do sujeito e também na sua modalidade de aprendizagem, cuja formação se dará de acordo com seus primeiros contatos no âmbito familiar. Nesse sentido, a família, em um primeiro momento, comporta toda a referência da criança e é a responsável pela sua formação. A família, como sistema, tem a função psicossocial de proteger, cuidar e zelar por seus membros. A sua estrutura é formada pelas normas transacionais que se repetem e, assim, criam sua identidade, compartilhando e repassando histórias e vivências passadas. Com a separação, a divisão da família ocorre, sua estrutura é prejudicada e os vínculos familiares empobrecidos.

A família como base estrutural na vida de qualquer ser humano, faz toda a diferença na hora do desenvolvimento mental de uma criança. A ausência da mesma significa perder totalmente seus objetivos: zelar, proteger e cuidar da prole sem nenhum tipo de violência.

O melhor interesse deve ser sempre o da criança, que muitas vezes se encontra em situações desagradáveis, tais como: brigas, discussões e até mesmo agressão entre os pais, gerando medo, estresse e outros transtornos psicossociais, já que, em decorrência da separação, terá que adaptar-se a dois convívios e regras diferenciadas.

Mendes (2013. 124), diz que:

Família é um grupo de pessoas que moram junto e desenvolvem laços afetivos e/ou sanguíneos. Também a descreve como base do sujeito, já que ao nascer é inserido em grupos familiares, garantindo sua sobrevivência e aprendendo determinados valores. Nos dias atuais, com a sua reestruturação, pode haver famílias com só um dos genitores, ou genitores do mesmo sexo, uma família adotiva, entre outras, dependendo da nova organização feita. Sendo assim, no período posterior ao divórcio, a família passa também pela mudança no seu núcleo. Fez a seguinte construção em relação às fases que ocorrem após o divórcio: Fase aguda: a fase pré-divórcio, na qual ocorrem as brigas, discussões, insatisfação como outro e evidente frustração, na maioria das vezes, é vivenciada também pela criança. Fase transitória: o divórcio já

foi consolidado, e agora ocorrem as reorganizações de papéis, as novas normas e regras, entre pais e filhos. Fase do ajuste: aceitação do divórcio, fase em que ocorre a restauração tanto de pais quanto de filhos, consolidando novas visões e podendo ser inserido novo integrante ao âmbito familiar.

A qualidade na relação pós-separação entre os pais em prol do filho deve ser a mais saudável possível. Para que este venha internalizar que seus genitores continuam presentes em sua vida em todos os sentidos, servindo como base para seu desenvolvimento de maneira geral, prevenindo transtornos como: ansiedade e depressão.

Boulos (2011), trata que:

A família pode contribuir de diversas formas para que as crianças não sofram com o divórcio, o autor coloca a importância do diálogo e orientação realizada por um profissional durante tal processo, com o objetivo de minimizar os efeitos negativos da separação. A manutenção do diálogo entre os pais pode ajudar a criança a lidar com as dificuldades na transição da estrutura familiar. Se encontrada uma fonte de apoio nos pais, o filho pode até mesmo compartilhar seus medos e receios, ajudando a suportá-los.

No Brasil, operadores do direito e psicólogos por meios de estudos vêm buscando soluções para esse tipo de conflito. Um dos primeiros passos foi a criação da Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental. E baseado nesse dispositivo, é possível que os profissionais de psicologia e direito tenham uma base para operar no combate da alienação parental, evitando danos psicológicos nas crianças e adolescentes que sofrem com essa prática.

Antes da propositura da Lei 12.318/2010, já haviam estudos interdisciplinares feitos através de perícias sociais e psicólogos. Com a chegada do novo dispositivo esses profissionais começaram a ter um papel ativo e não mais como assistentes, como pode se notar através do art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

Dessa forma, podemos destacar a importância de identificar e acompanhar tanto a alienação parental praticada por um dos genitores, como a síndrome da alienação parental sofrida pelo menor, para que essa alienação seja desarticulada por esses profissionais.

#### 4.1 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90).

A Lei 12.318/2010 passou a atuar juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo como objetivo a preservação do princípio da proteção integral da criança, mantendo a criança e adolescente livre de qualquer forma de negligência e danos psicológicos. (BRASIL, 2017)

Desse modo, a atuação do psicólogo será de suma importância para avaliar o comportamento dos envolvidos na alienação. O Estatuto da Criança e Adolescente dispõe em seus artigos 1º e 3º sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, gozando de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana.

Já o artigo 4º, reza que:

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

De acordo com o artigo 5º:

Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Em seu artigo 7º é assegurado à criança e adolescente o direito ao desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. O artigo 16, inciso V, e o artigo 17, relatam que toda criança e adolescente tem direito a liberdade para participar da vida familiar e comunitária sem discriminação, respeitando a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente. (BRASIL, 2017)

Dessa forma, o poder familiar deverá ser exercido de forma igualitária entre os pais, com direitos, deveres e responsabilidades compartilhadas, preservando sempre o melhor interesse do menor.

A alienação parental praticada por um dos ex-cônjuges contra o outro, tendo o filho como arma e modus operandi, merece a reprimenda estatal porquanto é uma forma de abuso no exercício do poder parental. No qual, manipulam seus filhos, por



meio das frustrações causadas com o fim do matrimônio, colocando-o contra o genitor alienado.

A Lei nº 13.431/2017 entrou em vigor de 5 de abril de 2018, e estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

De acordo com a nova lei, quem pratica atos de alienação parental também realiza um crime, isso passa a ser incluso no ECA por alteração da nova lei, que em seu artigo 4º, inciso II, alínea B, determina que, sem prejuízo das tipificações criminosas, são formas de violência psicológica os atos de alienação parental, entendidos: *“como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este”*.

Entre as formas utilizadas pelo alienador pode-se citar: a interceptação de ligações e correspondências do genitor alienado, evitando a convivência entre eles, o uso de termos pejorativos, críticas ostensivas ao estilo de vida do ex-cônjuge, críticas em relação aos presentes dados ao filho, entre outros

O ofensor ao praticar atos de alienação parental, será responsabilizado pelo fato de violar os direitos inerentes ao infante regulamentados pelo ECA, uma vez que, a referida Lei estabelece regras para a proteção destes e prevê em seu art. 1º, a proteção integral ao infante, e no art. 3º, do mesmo dispositivo legal corrobora o entendimento constitucional de que o infante goza de todos os direitos fundamentais concernentes à pessoa humana, e tais direitos deverão ser assegurados por todos os meios cabíveis, a fim de proporcionar o seu adequado desenvolvimento (BRASIL, 2017)

A alienação parental, segundo Dias (2011):

*“exterioriza o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar e precisa ser identificada para que o comando constitucional que assegura a crianças e adolescentes a proteção integral com absoluta prioridade possa ser efetivado.”*

Logo, para que a alienação parental seja verificada é de extrema importância constatar quais são as condutas típicas de um alienador. As estratégias de alienação parental são múltiplas e tão variadas, mas possui um denominador comum que se

centraliza em torno de desqualificar o outro genitor e dificultar até mesmo impedir o direito de visitas do alienado, para dilacerar o convívio deste com o filho.

Entretanto, os efeitos mais dramáticos recaem sobre os filhos, constituindo uma clara forma de abuso e maltrato. Esses efeitos irão variar conforme a idade da criança, com a sua personalidade, com o tipo de vínculo que havia entre ela e seu genitor, e também com a sua capacidade de resiliência.

## **5 CONCLUSÃO**

O tema passou relevância pela nova definição dos papéis parentais, nesse trabalho verificou-se que o poder familiar, incumbe a ambos os pais, em igualdade de condições, independentemente de casamento, sendo os filhos submetidos a ele, até completarem a maioridade ou quando emancipados.

A lei 12.318/2010 veio a definir um novo instituto de proteção às relações parentais, quando estas se encontrem ameaçadas pelo desgaste ou rompimento do convívio no âmbito da relação familiar. Muitas das vezes os envolvidos no insucesso da entidade familiar não se limitam aos cônjuges, posto que, na atualidade, as consequências por vezes recaem justamente na parte mais desprotegida e fragilizada que são os filhos eventualmente havidos na relação

Dessa forma concluímos que o alienar o menor contra o genitor, por meio de memórias falsas, usando o amor que relata existir entre os dois transformando-o em ódio, mentira, falsa acusação, além de obstruir o encontro entre pai/mãe e filho, sendo caracterizado como uma violência desproporcional. O motivo para acontecer à alienação parental é um desequilíbrio emocional podendo ser considerado adoeceador psicologicamente, por um dos responsáveis que não aceito o final do relacionamento.

Para minimizar a existência desses atos que prejudicam o menor na fase de formação física e psicológica, o direito e outras áreas do saber vêm produzindo transformações na área do Direito da família. Pode-se citar princípio da dignidade da pessoa humana e o da saúde e educação da criança, todas essas normas que estão na constituição possuem sua efetivação e concretização na legislação infraconstitucional e os operadores do Direito que lutam contra essa alienação parental, sendo considera uma das doenças mais silenciosas e perigosas que existe na sociedade.

Em decorrência do alienado, sendo que as mais influenciadas são crianças ou adolescentes em fase de desenvolvimento, pode-se citar como umas das principais

consequências um possível distúrbio nos padrões de personalidade de um indivíduo que está sujeito a qualquer tipo de persuasão nesta fase da vida.

Com vistas a combater, reparar ou mesmo se antecipar ao mal que dito processo pode acarretar ao filho, notadamente, como destinatário de toda a descarga negativa que se produz em relação ao cônjuge prejudicado é que a normatização apresenta mecanismos de contenção que permitam a adequação do convívio, numa relação já marcada pelo rompimento da sociedade conjugal.

Conclui-se a importância assegurar a proteção da criança em primeiro lugar, garantindo a sua identidade, com a intenção que isso não se perca com o rompimento familiar. Portanto, alienação parental é importante que a criança tenha ajuda para se estruturar, evitando problemas psicológicos.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Zamira; RIBEIRO, Weslley Carlos. **A Base Principiológica do Melhor Interesse da Criança**. Revista Síntese. Direito de Família. Nº 71. Abr-maio. 2012.

BOULOS, Leila Maria. **Guarda Conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BRASIL. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Cedeca. 2017.

CANEZIN, Miguel Cillero. **O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**. Blumenau: Forense, 2016. v. 1.

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

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12ª ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 98.

FERNANDES, Maria Antonieta Pisano. **Compartilhando a guarda no consenso e no litígio**. Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB – Thomson, 2015, p. 591-601

FIUZA, César, Silvia. **Guarda compartilhada: aplicabilidade no direito brasileiro**. 2015.

FRITZ, Janiele konzen. **A guarda compartilhada como forma de redução da alienação parental nos casos de dissolução judicial litigiosa do vínculo conjugal.** Santa cruz do sul. 2017.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP).** 2012.

GUIMARÃES, ronyse castro. FERNANDES, otamiro Araújo. NOGUEIRA Y ROCHA, Luiza Maria de Moraes. Revista FACISA *ON-LINE*. **Barra do Garças** – MT, vol.4, n.2, p. 74-92, out. 2015.

GUNTHER; MARCON, M de A. **Metodologia Científica.** 7, Ed. Atlas, p. 281-282, 2016.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: Um novo modelo da responsabilidade parental.** 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013

HARAMOTO, Thamires pereira britto. **Síndrome da alienação parental.** 2013.

MALUF, Carlo Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de Direito de Família. São Paulo, Editora: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 3º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 278.

PINHO, Leda de Oliveira. **Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2018.

SILVA, Isabella thayz Ortiz. GONÇALVES, charlisson Mendes. **Os efeitos do divórcio na criança.** Psicologia pt.2016.

SIMÃO, F. de. **Sociologia da família contemporânea.** Rio de janeiro: Editora FGV, 2017

SOUZA, de Rodrigues Juliana. **Alienação Parental.** Sob a perspectiva do direito à convivência familiar. 1. ed. São Paulo: Mundo jurídico, 2014.

SANCHES, Helen Crystine Corrê; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos Filhos de Criação à Filiação Socioafetiva.** Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012, p. 101.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada.** São Paulo: Saraiva, 2015.

TRINDADE, J. Alienação Parental (SAP). In: DIAS, M. B. (coord.). **Incesto e Alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver. São Paulo:** Editora Revista dos Tribunais, 2017.

## TUTELAS PROVISÓRIAS COMO SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

### **INAISE DA SILVA RODRIGUES:**

Graduanda no curso de Direito pela Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Brasil, Curso de Direito, Campus de Fernandópolis, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Direito. Orientadores: Profas. Dra. Janaina Guimarães Mansilha e Dra. Márcia Kazume Pereira Sato

**RESUMO:** O presente trabalho apresenta um panorama acerca da sistemática processual da execução fiscal promovida pela Fazenda Pública em face do contribuinte e os mecanismos que se logra o contribuinte como meios de suspender a exigência do passivo pela instituição fazendária, assim como legitimando o instituto da tutela de evidência como meio efetivo de reter a cobrança de débitos pelo Estado. O objetivo deste trabalho é estudar as tutelas provisórias considerando-as como meio de suspensão da exigibilidade dos créditos tributários, para tanto demonstrando pormenores das fases administrativas e instrumentais do processo de execução, como a constituição do débito através da inscrição da dívida pública e emissão da certidão da dívida ativa, bem como elencando a competência e procedimento do processo de execução fiscal. Embasado no Código Tributário Nacional, são apreciadas as formas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, aprofundando a noção e conceito de crédito exigível. Assim, ao analisar a concessão de liminar em sede de mandado de segurança, depreende-se que é a maneira mais operada para pausar a cobrança fiscal. Neste contencioso, busca-se apresentar a nova didática processual, preconizada pelo Código de Processo Civil de 2015, acerca das inovações sofridas pelo instituto das Tutelas Provisórias, e como essa revolução procedimental exerce influência sobre a possibilidade de suspensão do crédito tributário.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil; Direito Tributário; Tutelas Provisórias; Suspensão da Exigibilidade do Crédito; Execução Fiscal

**ABSTRACT:** The present work presents an overview of the procedural systematics of tax enforcement promoted by the Public Treasury in the face of the taxpayer and the mechanisms that the taxpayer succeeds as a means of suspending the liability



requirement by the farm institution, as well as legitimizing the institute of evidence protection. as an effective means of withholding debt collection by the State. The objective of this work is to study the provisional guardianships considering them as a means of suspending the payment of tax credits, for this purpose showing details of the administrative and instrumental phases of the execution process, such as the constitution of the debt through the registration of the public debt and the issuance of the debt. active debt certificate, as well as listing the competence and procedure of the tax enforcement process. Based on the National Tax Code, ways of suspending the tax credit requirement are assessed, deepening the notion and concept of chargeable credit. Thus, when analyzing the injunction granting a writ of mandamus, it appears that it is the most operated way to pause the tax collection. In this litigation, we seek to present the new procedural didactics, recommended by the Civil Procedure Code of 2015, about the innovations suffered by the Provisional Guardianship Institute, and how this procedural revolution influences the possibility of suspending the tax credit.

**Keywords:** Civil Procedural Law; Tax law; Provisional Guardianships; Suspension of Credit Requirement; Tax Enforcement

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. DA EXECUÇÃO FISCAL. 2.1 Da competência. 2.2 Do procedimento. 2.3 Da citação. 2.4 Nomeação de bens a penhora. 2.5 Da defesa do executado. 3. DA SUSPENSÃO DA EXIBILIDADE. 4. MANDADO DE SEGURANÇA. 5. DAS TUTELAS NO NOVO CPC. 5.1 Das espécies. 5.1.1 Tutela de urgência. 5.1.2 Tutela urgência de natureza antecipada. 5.1.3 Da tutela de urgência de natureza cautelar. 5.1.4 Tutela de evidência. 6. TUTELAS PROVISÓRIAS E SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM OUTRAS AÇÕES. 7. CONCLUSÃO. 8.BIBLIOGRAFIA.

## 1.INTRODUÇÃO

Diante da inércia da jurisdição, é ação o poder de movimentar o Estado com o intuito de, em sentido amplo, dispor o direito de acesso à justiça obtendo do Judiciário uma resposta para qualquer que seja sua pretensão. Há, portanto, a presunção de que o autor do pleito possui afeição para a satisfação de suas demandas, muitas vezes pautadas pela imprescindibilidade do bem da vida.

Entretanto, sabemos que o lapso temporal para uma sentença judicial é, no mais das vezes, imenso, revelando situação incompatível com a Constituição Federal de 1988, que exalta em seu artigo 5º, LXXVIII, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Assim, coube à dinâmica processual convencionar-se para salvaguardar os direitos fundamentais.

Com o advento da Lei 13.105/15, e sua consequente vigência a partir do ano de 2016, o Novo Código de Processo Civil consignou privilégios de instrumentalidade processual por meio das chamadas tutelas provisórias. O cerne deste instituto visa a conferir celeridade às relações processuais, ao antever o provimento jurisdicional ou garantir um direito, muitas vezes sem que haja, tão logo, um processo judicial. Afinal, as tutelas provisórias procuram cingir o princípio da dignidade da pessoa humana, anteparar o bem da vida e também ser sustentáculo da defesa de direitos autenticados.

Em face deste contemporâneo quadro, com a modernização da legislação processual as ações que versam sobre matéria tributária vislumbraram nas tutelas provisórias uma nova solução para a suspensão da exigibilidade de crédito tributário, não mais operando a cessação da cobrança privativamente via ajuizamento do mandado de segurança.

Como propósito, o objetivo do presente trabalho converge para, empregando a metodologia de revisão bibliográfica, analisar como vigora a execução fiscal, sendo esta um meio processual cabível para cobrança de débitos da Fazenda Pública, e como o contribuinte, executado, pode suspender a exigibilidade dos créditos mediante mandado de segurança. A repaginada sofrida pela tutela provisória de evidência pode assumir o papel principal como artifício para guerrear contra incumbência da Fazenda Pública, quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (art. 311, inciso II, do Código de Processo Civil).

## **2. DA EXECUÇÃO FISCAL**

A existência de obrigação líquida, exigível e certa são os pilares do denominado título executivo, podendo ter natureza tanto judicial como extrajudicial. Os fundamentos dos títulos executivos judiciais encontram-se disciplinados no artigo 515 do Código de Processo Civil, e englobam diversos aspectos das decisões terminativas proferidas pelo Juiz.

Os títulos executivos extrajudiciais têm previsão legal no artigo 784 do CPC, tratando-se de títulos particulares ou públicos, os quais outorgam a execução forçada mediante ação própria. Entre os elencados títulos extrajudiciais destaca-se, para a presente pesquisa, a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública (inciso IX do referido dispositivo).

A fazenda pública assenhoreia a chamada dívida pública a partir da inclusão de débitos de origem tributária ou não, com as devidas atualizações e correções

monetárias, bem como encargos previstos em lei ou contrato. E, alicerçada no procedimento administrativo, a instituição fazendária efetua a cobrança do devedor através de notificação para pagamento do valor, ou, caso queira, apresentar defesa. Permanecendo o devedor inerte, a obrigação será inscrita na dívida pública. Sobrevém deste ato a chamada certidão da dívida ativa, que exprime a liquidez e a certeza do débito em questão, permitindo a propositura da execução fiscal.

Portanto, a execução fiscal é ação privativa da Fazenda Pública, podendo ser ajuizada pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, de modo que no polo passivo se encontra a figura do devedor nomeado na certidão da dívida ativa.

## 2.1 Da competência

Sendo a certidão da dívida ativa um título executivo extrajudicial, a execução fiscal, em regra, é proposta junto ao juízo de primeira instância. A origem do título delimitará a competência material, podendo ser a execução proposta junto à Justiça do Trabalho e Eleitoral. Contudo, tratando-se de fazenda pública a regra de competência será da Justiça Federal, conforme delimita o artigo 109 da Constituição Federal, quando figurando no polo passivo ou ativo a União, autarquias e empresas públicas federais.

A competência da Justiça Estadual tem caráter residual, abarcando as execuções provenientes dos entes estaduais e municipais. A fixação da competência nestes casos se dá ante ao critério da territorialidade, ou seja, o foro eficaz para que haja o processamento da ação é o foro de domicílio do devedor, sua residência ou o local onde for encontrado, disciplinado pelo artigo 46, §5º, do Código de Processo Civil.

Existindo mais de uma execução contra um mesmo devedor, o artigo 28 da Lei 6.830/80 permite que, a requerimento das partes ou do juiz, por conveniência e garantia da execução, seja promovida a reunião desses processos. Assim, a competência será consolidada no foro onde primeiro foi distribuída a execução fiscal, formando litisconsórcio ativo. Segundo Leonardo José Carneiro da Cunha, a reunião dos processos contra o mesmo devedor busca alcançar o princípio da eficiência:

Essa regra busca racionalizar o procedimento de várias execuções propostas em face do mesmo devedor, reunindo todas elas a um único juízo, inspirando-se, ademais, no princípio da eficiência e assemelhando-se, *mutatis mutandis*, ao contido no art. 113, III, do CPC, que permite a formação de litisconsórcio quando houver mera afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. A exemplo do que sucede com o

litisconsórcio facultativo, em que o juiz pode, com base no § 1º do art. 113 do CPC, limitar a presença das partes, quando dificultar a defesa ou comprometer a rápida solução do litígio, a reunião de execuções, com base no art. 28 da Lei 6.830/1980, pode ser rejeitada pelo juiz. (CUNHA, 2017, p. 433)

## 2.2 Do procedimento

A execução fiscal segue as determinações do artigo 319 do Código de Processo Civil, mas de forma mitigada, porquanto a petição inicial deverá conter: o juízo a que é dirigida, o pedido e o valor da causa. Primordialmente, a petição inicial deve ser instruída com a certidão da dívida ativa, que é o título que a embasa, sendo facultativa a presença do termo de inscrição do executado na dívida ativa.

Disciplina o artigo 799, inciso IX, do CPC que, ao distribuir a petição inicial, cabe ao exequente averbar o ato junto ao cartório de registro de imóveis, ao departamento de registro de veículos ou a outras instituições que possam registrar bens sujeitos a penhora. A certidão emitida pelo cartório conterá o nome das partes e o valor da causa, e será entregue a requerimento do exequente assim que houver a distribuição a execução.

Após, realizada as averbações, caberá ao polo ativo informar ao juízo sua efetivação, em concordância com o artigo 828, §1º do Código de Processo Civil. O dispositivo ainda aponta em seu segundo parágrafo que, ao realizar a penhora sobre os bens suficientes para cobrir a dívida, as demais deverão ser canceladas a fim de evitar o bloqueio desnecessário de bens.

Por certo, a realização das averbações é opcional. Entretanto, é uma maneira que a fazenda tem de resguardar-se evitando a alienação e oneração de bens após a efetivação das averbações, o que caracterizaria fraude à execução.

## 2.3 Da citação

Estando a petição em harmonia com os ditames legais, ordenará o juiz a citação do executado, preferencialmente via correios. Como tratamos de matéria fiscal, existe uma peculiaridade no que concerne à citação. A Lei 6.830/80, que legisla sobre a execução fiscal, em seu artigo 8º, diz que o executado se considera citado no dia da entrega da carta constante no aviso de recebimento, e, caso não haja data nele inscrita, a citação deverá ser contada a partir do décimo dia em que a carta foi postada. Caso não retorne o aviso dos correios aos autos, proceder-se-á à citação por oficial de justiça ou edital.

Ressalta-se que a decisão judicial que decreta a citação interrompe a prescrição, conforme artigo 174, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional:

“Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo único. A prescrição se interrompe: I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal”.

. Igualmente, vale enaltecer que o prazo prescricional, já consolidado pela jurisprudência, para que a fazenda pública execute os débitos de seus devedores é de cinco anos, chamada prescrição quinquenal.

#### 2.4 Nomeação de bens a penhora

A Lei de Execuções Fiscais, em seu artigo 11, elenca os bens que poderão ser nomeados a penhora, caso o devedor não realize o pagamento no prazo de cinco dias estabelecido pela legislação. Existe, inegavelmente, clara diferença entre o procedimento da execução fiscal e da execução por quantia certa promovida nos moldes do Código de Processo Civil. Esclarece Leonardo José Carneiro Cunha:

Na execução fiscal, o executado será citado para, no prazo de cinco dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução com depósito em dinheiro, com fiança bancária ou com a nomeação de bens à penhora, observada a ordem prevista no art. 11 da própria Lei 6.830/1980. (CUNHA, 2017, p. 439/440).

Por outro lado, na execução por quantia certa, prevista genericamente no Código de Processo Civil, o devedor será citado para, no prazo de três dias, efetuar o pagamento da dívida, conforme art. 829. A defesa do devedor poderá ser realizada no prazo de quinze dias, contados da citação (art. 915 do CPC), por meio dos embargos à execução, o qual é aplicável também à execução fiscal, como será abordado a seguir.

#### 2.5 Da defesa do executado

Realizado o depósito do dinheiro, juntada prova da fiança ou intimação da penhora pelo executado, dar-se-á início ao computo do prazo para que o executado possa apresentar sua defesa, os embargos à execução. Estes deverão ser apresentados no prazo de trinta dias úteis, de acordo com o art. 219 do CPC, salienta-se que embora o art. 16 da Lei 6.830/80 fale em contagem a partir do depósito, o

Superior Tribunal de Justiça entende que o executado deverá ser intimado para opor os embargos.

O Novo Código de Processo Civil revolucionou ao superar o parágrafo primeiro do referido artigo 16 da Lei de Execuções Fiscais, já que a garantia do juízo, análoga ao dispositivo supracitado, não mais prevalece. Assim, vigora o preconizado no artigo 914, *caput* do Código de Processo Civil: “Art. 914. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá se opor à execução por meio de embargos”.

A oposição dos embargos à execução por si só não gera efeito suspensivo, deverá o embargante pleiteá-lo conforme disciplinado no art. 919 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que poderá o magistrado conceder o efeito suspensivo desde que estejam presentes os requisitos essenciais da tutela provisória.

### **3. DA SUSPENSÃO DA EXIBILIDADE**

Conceituada a execução fiscal como meio efetivo de cobrança das dívidas da fazenda pública, analisemos os mecanismos que o contribuinte tem para evitar a propositura da execução.

O lançamento do crédito e a certidão da dívida ativa, tornam, como já exposto, a obrigação líquida, exigível e certa, podendo os entes públicos realizarem sua cobrança tanto administrativamente quanto judicialmente. Contudo, há possibilidades legislativas que permitem ao contribuinte suspender a cobrança da referida demanda. Trata-se de hipótese de suspensão momentânea, mas que permite ao polo passivo obter mais prazo para melhor averiguação dos lançamentos efetuados pela Fazenda. MACHADO *apud* SABBAG ensina que:

[...] A “exigibilidade” nasce quando já não cabe reclamação nem recurso contra o lançamento respectivo, quer porque transcorreu o prazo legalmente estipulado para tanto, quer porque tenha sido proferida decisão de última instância administrativa. (SABBAG, 2017, p. 1190).

Nesse sentido, o Código Tributário Nacional traz um rol taxativo das possibilidades de suspensão da exigibilidade do crédito tributário nacional, firma o artigo 151 do CTN:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: I - moratória; II - o depósito do seu montante integral; III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do



processo tributário administrativo; IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança; V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; VI - o parcelamento. Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

Embora o artigo 151 do CTN traga diversas possibilidades para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o enfoque deste trabalho será na concessão de medidas liminares, especificamente o mandado de segurança (inciso IV) e demais ações (inciso V).

#### **4. MANDADO DE SEGURANÇA**

O mandado de segurança titula uma ação constitucional de natureza civil, com previsão no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal de 1988. Intenta a proteção de direito líquido e certo, de qualquer natureza, desde que não seja abarcado por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*, quando figurar no polo passivo a autoridade pública ou agente de pessoa jurídica a serviço do poder público, atuando de forma ilegal ou com abuso de poder.

Segundo Pedro Lenza, o direito líquido e certo compreende aquele que “pode ser demonstrado de plano mediante prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória. Trata-se de direito manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração” (LENZA, 2017, p. 1259).

Em face de atos ilegais ou abuso de poder, seja dos atos vinculados ou discricionários, a Lei Maior admite o cabimento do mandado de segurança. Frisa-se que o polo passivo contará com o nome da autoridade coautora, ou seja, o nome do agente responsável pela prática do ato. Isto posto, entende-se que a legitimidade ativa para impetrar o remédio constitucional, quando ferido seu direito líquido e certo, engloba pessoas físicas, jurídicas, órgãos públicos despersonalizados, agentes políticos, o Ministério Público, dentre outros.

Sobretudo, o mandado de segurança tem incidência tanto em caráter repressivo, quando o ato já foi praticado, quanto preventivo, quando existe a ameaça de violação de direito líquido e certo. Destaca-se a possibilidade de concessão de liminar, prevista no artigo 7º, inciso III, da Lei 12.016/2009: -

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: [...] III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir, do impetrante, caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Dessa forma, a liminar concedida pode, como disciplinada no Código Tributário, suspender a exigibilidade do crédito. Eduardo Sabbag entende que o mandado de segurança:

Trata -se de ação de rito mandamental com a possibilidade de conferir ao impetrante da ordem uma decisão initio litis, que suspende a exigibilidade do crédito tributário, ou seja, a liminar. Para tanto, o magistrado deverá verificar se estão presentes os pressupostos autorizativos dessa providência inaugural, a fim de que bem prolate a decisão interlocutória respectiva, em consonância com o inciso III do art. 7º da Lei n. 12.016/2009, quais sejam: – relevante fundamento do pedido, também conhecido na expressão latina *fumus boni juris*; – ineficácia da medida, caso não seja deferida de imediato, também intitulada *periculum in mora*. (SABBAG, 2017, p.1223).

Em suma, a liminar concedida em virtude do inciso III do artigo 7º, da Lei do Mandado de Segurança, suspende a eficácia para se exigir o crédito tributário, contudo não impede o lançamento, diz Sabbag "(...) é vedada a expedição de ordem objetivando impedir a autoridade fiscal de promover o lançamento tributário, uma vez que o perigo da demora não pode acarretar prejuízo para o Fisco (...)" (SABBAG, 2017, p.1224). Essa vedação ocorre em virtude de que, ao impetrar o mandado de segurança em matéria tributária, a alegação principal é o perigo da morosidade jurisdicional em detrimento de o impetrante participar de procedimentos licitatórios, acesso a créditos fiscais, entre outros. Contudo, caso houvesse a suspensão do lançamento, o perigo recairia sobre o fisco, já que sem o lançamento haveria possibilidade da incidência do prazo decadencial. Isso ocorre porque, sendo a liminar concedida em procedimento de cognição sumária, o juiz ponderará somente de maneira superficial sobre o pedido feito, assim a decisão concedendo a liminar não tem peso perpétuo. Logo, ao final do processo, mesmo concedendo a liminar o juiz pode denegar a segurança fazendo com que o crédito se torne exigível novamente.

Do mesmo modo, os efeitos da liminar em mandado de segurança dependem do momento de sua propositura. Assim, proposta antes do ingresso da

fazenda com a execução fiscal, havendo deferimento da liminar, o título não possuirá o requisito essencial da exigibilidade, não havendo, portanto, a possibilidade de execução, afinal, segundo o artigo 803, inciso I do CPC: Art. 803. É nula a execução se: I - o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível.

Como já esclarecido, a segurança do mandado poderá ser denegada ao final do seu julgamento, verificando-se essa situação a fazenda reconquista a legalidade para ingressar com o processo de execução fiscal. Por seu turno, sobrevindo o mandado de segurança após o ingresso do fisco com a execução fiscal a situação é distinta, já que com a propositura da ação o título executivo extrajudicial, personificado pela certidão da dívida ativa, apresenta sua liquidez, exigibilidade e certeza. Logo, dado o ingresso da ação e sucessivamente o pedido de liminar em mandado de segurança pelo contribuinte e seu deferimento, o processo não poderia ser extinto.

A solução para os resultados da concessão da liminar após a execução fiscal é a sua suspensão até que seja julgado em definitivo o mandado de segurança, ou seja, até que desapareça a causa de suspensão do crédito. Nesse sentido, Paulsen ensina: “[...] a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, perfectibilizada após a propositura da execução fiscal, ostenta o condão somente de obstar o curso do feito executivo, e não de extingui-lo, modo que a execução ficará suspensa” (PAULSEN, 2016, p. 267).

Suspender o processo de execução fiscal é essencial, a fim de evitar grandes danos ao contribuinte, posto que a interposição do mandado de segurança pode extinguir a factibilidade da obrigação. Dessa forma, o intuito primordial da suspensão da execução é salvaguardar o patrimônio do pagante, impedindo a expropriação indevida de seus bens, dado que a relação que fundamenta a ação, a existência de débitos com a fazenda, pode deixar de existir.

## **5. DAS TUTELAS NO NOVO CPC**

Antes de adentrar aos efeitos da concessão de liminar em outras ações, conforme preconiza o inciso V, do CTN, faz-se necessário um recorte na celeuma, para analisar as modificações ocorridas no processo em relação às tutelas provisórias.

No Brasil com o advento da lei 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil, houve um grande avanço em relação às chamadas tutelas provisórias, dispendendo até um livro único a elas, a nova legislação extinguiu a possibilidade de existência do chamado processo cautelar autônomo previsto no Código de 1973. Atualmente a legislação permite a concessão de liminares tanto no processo de

conhecimento quanto no processo de execução, seja em caráter antecedente ou incidental, preenchidos os requisitos essenciais para seu deferimento.

O Código de 1973 trazia em seu teor três tipos de processo: conhecimento, execução e o cautelar, este último funcionava de forma complementar aos demais e era empregado diante da demora jurisdicional. Assim, havendo urgência, deveria a parte lesionada interpor um novo processo, o procedimento cautelar, postulando seus pedidos emergenciais. Contudo, fruíram grandes mudanças em relação ao texto original do CPC de 73 com a edição das Leis 8.952/1994 e 10.444/2002. Essas ferramentas legislativas permitiram, respectivamente, que houvesse a possibilidade de concessão de tutelas antecipadas genéricas em todos os tipos de processo, bem como a fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar. Diante de tamanhas reformas, o processo cautelar tornou-se pouco usual, no momento que em 2015 foi extinto definitivamente.

Além disso, o Novo Código de Processo Civil preconiza as tutelas como sendo parte de um mesmo gênero, conforme Marcos Vinicius Rios Gonçalves disserta: “No sistema atual, nem era preciso considerá-las fungíveis, já que ambas passaram a compor o gênero único das tutelas provisórias de urgência, ficando o juiz autorizado a conceder a medida que entender mais adequada ao caso concreto” (GONÇALVES, 2018, p. 367).

Logo, nota-se que a funcionalidade das tutelas provisórias no processo é dar mais dinâmica à efetivação de direitos em razão da demora ocasionada pelas delongas na seara judicial. Ao conceder de início aquilo que somente se alcançaria no final, apresentados os requisitos, o magistrado garante a eficácia do pedido principal, até porque há casos em que, caso a medida pleiteada não seja prontamente deferida, o direito objetivado poderá perecer.

### 5.1 Das espécies

Sendo seu pleito feito no início do processo, as chamadas tutelas provisórias são fundamentadas em cognição superficial e caráter provisório. Cognição superficial, pois ao decidir sobre o pedido o juiz fundamentará sua decisão não na certeza da existência do direito, mas sim perante a verossimilhança e plausibilidade do exposto. Quanto ao caráter provisório, diz respeito à possibilidade de modificação da medida a qualquer tempo, uma vez que, ao prover a liminar, em muitos casos o juiz não terá ouvido todas as partes ou colhido todas as provas, permitindo a revisão da decisão em qualquer momento processual.

A classificação das tutelas provisórias, a partir do artigo 294 do Código de Processo Civil, será: “Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência

ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.

O *caput* do dispositivo trata da classificação quanto à fundamentação a partir da qual o juiz decidirá sobre a tutela, dividindo-as em urgência e evidência. Destarte, de maneira genérica, as tutelas de urgência são aquelas em que existem elementos que apontam para a probabilidade de direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, enquanto a tutela de evidência tem natureza satisfativa e visa à transferência para o réu do ônus da demora do processo, muitas vezes ocasionadas por ele próprio. A seguir serão analisadas cada qual com suas peculiaridades.

#### 5.1.1 Tutela de urgência

A tutela de urgência possui, conforme explicitado acima, dois pressupostos genéricos, que são a probabilidade do direito, também ordinariamente chamado de *fumus boni iuris*, e a demonstração do perigo de dano irreparável ou risco ao resultado útil da demanda, comumente denominado *periculum in mora*. Assim, Luiz Guilherme Marinoni disserta “para a concessão da tutela de urgência, basta-lhe a convicção de probabilidade preponderante, isto é, que o material trazido ao processo indique que o direito do autor é mais provável do que o do réu.” (MARINONI, 2017, p. 73). E deve ser requerida pela parte interessada, sendo vedada sua concessão *ex officio* pelo juiz. Sendo que “a inércia é uma das garantias fundamentais do processo civil, segundo a qual a jurisdição civil somente se exerce por provocação de algum interessado, nos limites da demanda por ele proposta” (GRECO, 2017, p.189).

As tutelas de urgência podem ser antecipadas ou cautelares, porém, vale destacar, que o Novo Código de Processo Civil não estabelece delimitações claras entre essas subespécies. Entretanto, a doutrina e jurisprudência entendem que, englobada no artigo 303 do CPC, a tutela antecipada tem a finalidade de adiantar o pedido principal do processo. Já a medida de natureza cautelar tem natureza protetiva, visando garantir o direito material até que ocorra o julgamento de mérito do processo.

#### 5.1.2 Tutela urgência de natureza antecipada

O requerente ao efetuar o pedido de tutela antecipada busca concretizar os benefícios do direito material imediatamente, ou seja, antecipar os efeitos finais do processo no momento da propositura da ação ou até mesmo antes do petitório principal. Explica Marinoni: “Desse modo, a tutela antecipada não é instrumento de

outra tutela ou faz referência a outra tutela. A tutela antecipada satisfaz o autor, dando-lhe o que almejou ao propor a ação” (MARINONI, 2017, p. 36).

Nesse ínterim, sua natureza é claramente satisfativa, já que a pretensão é protocolada de imediato e se deferida antevê o resultado processual. O juiz decide sobre o pedido de tutela em cognição sumária, ou seja, tão só observa a probabilidade de existência do direito aliada à urgência subjacente, esta consubstanciada no perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, dando uma satisfação precipitada ao processo exauriente. Desse modo:

A tutela satisfativa de cognição sumária realiza o direito material afirmado pelo autor ou, em outras palavras, dá satisfação ao direito material afirmado, obviamente incidindo – ainda que, na angulação processual, de forma provisória – sobre o plano das relações substanciais. A realização de um direito mediante a técnica antecipatória é realização de um direito que preexiste à sentença de cognição exauriente. (MARINONI, 2017, p.54)

### 5.1.3 Da tutela de urgência de natureza cautelar

A priori, devemos recordar que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, sucederam transformações significativas, de modo que a eliminação da autonomia do processo cautelar foi uma delas. A tutela cautelar tem finalidade protetiva, propende a assegurar o funcionamento correto da jurisdição, garantindo a proteção do direito material até que o processo possa ser sentenciado. Marinoni conceitua a tutela cautelar da seguinte forma: “(...) se a tutela cautelar é instrumento de algo, ela somente pode ser instrumento para assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso”. (MARINONI, 2017, p. 38).

Diante do viés assecuratório a cautelar não satisfaz a pretensão do autor, mas sim autoriza medidas para resguardar, proteger e preservar o direito trazido a litígio, assim leva também o nome de tutela conservativa. Estas medidas a serem determinadas pelo magistrado são pautadas pelo artigo 301 do CPC: “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”. Essas ferramentas corroboram com a finalidade garantidora da medida, permitindo que a jurisdição use de sua força para proteção do direito pautado na ação.

### 5.1.4 Tutela de evidência



A tutela de evidência, diferentemente das tutelas de urgência, não demanda a comprovação do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, o instituto baseia-se na averiguação do direito material da parte através de sua constatação e comprovação. Fundamenta-se no tempo do processo como ônus, que não deve ser suportado apenas pelo autor – quando não tiver ele dado causa, uma vez que as partes devem ter tratamento equânime durante toda a lide, sendo desproporcional que a demora do processo seja suportada apenas pelo autor, especialmente quando seu causador tenha sido o réu. Nessa perspectiva temos que:

No processo de conhecimento clássico – destituído de tutela antecipatória –, o tempo do processo é suportado unicamente pelo autor, independentemente das particularidades da situação de direito material e do caso litigioso. Isso certamente não é justo nem está de acordo com a necessidade de se prestar tutela jurisdicional adequada às pessoas. O tempo do processo não pode prejudicar o autor e beneficiar o réu, já que o Estado, quando proibiu a justiça de mão própria, assumiu o compromisso de, além de tutelar de forma pronta e efetiva os direitos, tratar os litigantes de forma isonômica. (MARINONI, 2017, p. 193).

Atualmente o Novo CPC permite que, através da tutela de evidência, este encargo seja distribuído entre os litigantes, principalmente diante do contencioso onde o requerente já comprovou ser possuidor do direito frente à contrariedade processual. Segundo Marinoni:

O tempo deve ser repartido no procedimento de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado. Esta probabilidade está associada à evidência do direito do autor e à fragilidade da defesa do réu. Quando o direito do autor é evidente e a defesa do réu carece de seriedade, surge a tutela da evidência como técnica de distribuição do ônus do tempo do processo, pois de outra forma uma defesa abusiva estará protelando a tutela jurisdicional do direito. (MARINONI, 2017, p. 194).

Destarte, diante deste instrumento processual, faz-se necessário que a parte manifeste a plausibilidade do direito desde logo, uma vez que se trata de elemento crucial para a concessão da tutela de evidência. Isto posto, havendo a consolidação do direito do requerente, sendo a defesa do réu meramente protelatória, o juiz

poderá desde logo efetivar a realização do direito por meio da tutela de evidência, por certo que o ônus da prova ganha dinamicidade com o deferimento da tutela.

As hipóteses que permitem a utilização da tutela de evidência estão previstas no artigo 311 da Lei 13.105/15 e são taxativas. Ressalta-se que, ao deferir a tutela de evidência, o juiz não põe fim ao processo, visando à aplicação da ampla defesa e contraditório:

A tutela da evidência tem importante base na ideia de que a demonstração dos fatos constitutivos, ao desobrigar o autor do ônus da prova, repercute sobre a inversão do ônus do tempo do processo. A tutela da evidência permite ao juiz, a partir da incontrovérsia do fato constitutivo, antecipar a realização do direito, deixando à fase processual sucessiva a cognição da defesa de mérito indireta infundada. (MARINONI, 2017, p.197).

Logo, com um funcionamento diferente das demais tutelas previstas no ordenamento, a tutela de evidência não comporta pedido em caráter antecedente, pois a natureza que se presta exige o provável direito, a ser apresentado em uma ação previamente ajuizada.

## **6. TUTELAS PROVISÓRIAS E SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM OUTRAS AÇÕES**

De acordo com o já mencionado artigo 151 do Código Tributário Nacional, inciso V, é possível a cessação da cobrança de créditos de natureza tributária diante da concessão de liminar ou antecipação de tutelas em ações diversas, sejam tutelas de urgência ou de evidência, considerada a atual disciplina processual do tema.

O Código de Processo Civil, ao inovar instituindo a tutela de evidência, ofertou ao Direito Tributário a oportunidade de arrogar-se do instrumento como uma alternativa à liminar concedida em sede de mandado de segurança. Inesperadamente, o inciso II do artigo 311 do diploma processualista viabilizou uma nova medida para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Diz o inciso II, do 311: "II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante". Assim, tal qual seja provado documentalmente a situação fundada em matéria de demanda repetitiva, o juiz concederá a tutela de evidência resultando na suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo fisco.

Segundo Marinoni, o inciso II, do 311, "*pretende sintetizar uma hipótese de direito evidente*" (2017, p.221). Destarte, conceituando direito evidente como sendo

aquele que não ocasiona dubiezes ao julgador, observa-se que em paralelo muito se assemelha ao direito líquido e certo preconizado no mandado de segurança. Assim, ao deferir a tutela de evidência, o juiz retira do autor o ônus da morosidade processual, garantindo-lhe a efetivação de seu direito.

Tendo princípios fundados, grande parte, em direito constitucional, o direito tributário atinge com facilidade os julgamentos de demandas repetitivas, desse modo, estribado em larga escala em demandas repetitivas dos tribunais superiores. O fundamento já vem fazendo-se valer junto às decisões em segunda instância como por exemplo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Tutela provisória de evidência em ação declaratória de inexigibilidade de tributo. Pretensão de não incidência das denominadas Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD e Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST na base de cálculo do ICMS. Tarifas de uso que correspondem ao serviço de transmissão e distribuição. Jurisprudência do STJ e TJSP no sentido da não incidência do ICMS. Presença da probabilidade do direito da agravante. Deferimento da tutela provisória de evidência (art. 311, II, do CPC) de rigor. Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2050474-48.2017.8.26.0000; Relator (a): Heloísa Martins Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Orlandia - 2ª Vara; Data do Julgamento: 05/06/2017; Data de Registro: 05/06/2017).

À vista disso, identifica-se como a tutela provisória de evidência revolucionária a forma de oportunizar adiamento da exigibilidade do crédito tributário, em razão da perspectiva dada aos advogados atuantes em lides contra a fazenda pública. Frente ao regramento processual vigente permite o cabimento da tutela de evidência tanto em sede de liminar de mandado de segurança, como também nas ações anulatórias e declaratórias processadas pelo rito comum do processo civil.

## 7. CONCLUSÃO

Considerando a sistemática processual da execução fiscal, que no Brasil legítima de maneira singular a Fazenda Pública como exequente nas ações fazendárias, e sendo ela também responsável pelos lançamentos da certidão da dívida ativa, percebe-se que as formas de defesa do contribuinte são limitadas tanto no contencioso processual quanto no administrativo. Com enfoque em matéria processual, o executado é intimado a efetuar o pagamento em cinco dias ou nomear

bens a penhora, devendo o princípio constitucional do devido processo legal ser respeitado, através dos embargos à execução. Entretanto, embora o Novo Código de Processo Civil tenha superado o artigo 16 da Lei de 6.830/80, não mais demandando a garantia do juízo para apresentação da defesa, vê-se que há máculas para que o contribuinte enfrente a fazenda.

Assim, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário gravita sob o dispositivo 151 do Código Tributário Nacional e seus incisos, que alocam as hipóteses categoricamente para tal. Em suma foram dissecados a concessão de liminar em mandado de segurança e o deferimento de tutelas em outras ações.

O mandado de segurança foi, e ainda é, o modo como a advocacia tributarista reiteradamente empenha-se para cessar a obrigação junto à Fazenda Pública. Impetrando-o a fim de obter a liminar, a ação constitucional deverá atender a todos os pressupostos que autorizam a concessão da segurança pleiteada.

Destarte, analisando a evolução da instrumentalidade das tutelas provisórias no vigente Código de Processo Civil, testemunha-se como o legislador, ao elaborar o Novo Código de Processo Civil, optou por engrandecer as subitâneas necessidades dos litigantes, visto que a nova operação processual exige apenas probabilidade de direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, nos casos da tutela de urgência, ou a efetiva comprovação de um direito no caso das tutelas de evidência. Conforme discorrido ao longo deste trabalho a revolução advinda da tutela de evidência ampliou as perspectivas de resistência do requerido quando a contenda é perpetrada pelo Estado, buscando a satisfação de um crédito seu.

Tal aperfeiçoamento imprimiu a possibilidade ao cidadão de que, feito o pedido e apresentando prova documental de seu direito, deve o juiz em cognição sumária deferir a tutela satisfativa de evidência. Assim, conclui-se ao final deste trabalho que, embora a execução fiscal tenha pretensões e peculiaridades processuais, o Código de Processo Civil ao priorizar as tutelas provisórias permitiu maior celeridade e organização à advocacia tributarista ao fornecer a tutela de evidência, já que a tutela, pleiteada na própria execução fiscal, proporciona agilidade na concessão da suspensão da exigibilidade do crédito tributário pela Fazenda. Além de aliviar a sobrecarga do jurisdição ao impetrar a ação constitucional de mandado de segurança.

## 8. REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 11ª Edição, Salvador, Editora JusPodivm, 2017.

BRASIL. Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm) Acesso em: 30/09/2019

\_\_\_\_\_. Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980. **Lei de Execuções Fiscais**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm) Acesso em: 25/09/2019

\_\_\_\_\_. Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. **Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm) Acesso em: 10/10/2019

\_\_\_\_\_. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm) Acesso em: 30/09/2019

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm) Acesso em: 11/10/2019

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Acórdão 2050474-48.2017.8.26.0000. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br> Acesso em: 20/10/2019

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2017.

GONÇALVES, Marcos Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. Edição, São Paulo, 2018.

GRECO, Leonardo. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência no Código de Processo Civil de 2015. In. **Novo CPC Doutrina Selecionada**, JÚNIOR, F.D, FREIRE, A., MACÊDO, L.B, PEIXOTO, R, Volume 4, 2ª Edição, Salvador, Editora JusPodivm, 2017, cap. 8, p. 185-208.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela de Evidência – Soluções Processuais diante do Tempo da Justiça**. 1ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 8ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2017.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2017.



## **SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: DESENHO INSTITUCIONAL PARA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **CLARISSA DE CERQUEIRA PEREIRA:**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí; pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes; Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

**RESUMO:** O presente trabalho se propõe a analisar o constitucionalismo enquanto possível desenho institucional ideal para a defesa dos direitos fundamentais. Para tanto, são feitas considerações iniciais acerca da distinção entre os conceitos de Estado de Direito, Estado Democrático e Estado Constitucional, segundo Zagrebelsky. Em seguida, são apresentadas as críticas tecidas por Bayón à visão da constituição rígida e do controle jurisdicional de constitucionalidade como desenho institucional ideal e indispensável para a proteção dos direitos fundamentais. Assim, para o desenvolvimento deste estudo, o principal método utilizado foi o descritivo, sendo que a abordagem adotada foi a qualitativa. Nesse contexto, o presente estudo avalia a compatibilidade entre democracia e constitucionalismo, discutindo se o critério quantitativo garante, por si, o fundamento qualitativo a uma decisão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Constitucional. Estado Democrático. Direitos fundamentais.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Estado de Direito, Estado Constitucional e direitos fundamentais; 2. Supremacia da constituição e defesa dos direitos fundamentais; 3. A conciliação entre democracia e supremacia da constituição; 4. A democracia; 5. Considerações finais; Referências

### **INTRODUÇÃO**

O Estado Constitucional hoje nos é apresentado como o Estado de Direito em que o Estado Democrático é introduzido como garantia de legitimação e limitação do poder. Seria o Estado Democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, significando que o Estado se rege por normas democráticas, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais (MORAES, 2010, p. 6). A proteção desses direitos e garantias dá-se então por meio de uma constituição.

“El régimen constitucional y la democracia política parecen representar ingredientes irrenunciables de nuestra forma de concebir la organización política y, de hecho, históricamente

parecen alimentarse de una misma filosofía, que es la filosofía liberal (...)" (SANCHÍS, 2003, p. 137).

A fórmula a princípio parece simples e livre de problemas. Os mais desavisados podem depreender dessas afirmações uma noção de Estado Democrático de Direito como a fusão de duas fórmulas complementares indissolúveis e plenamente compatíveis. Mas tal afirmação, se não é errada, é no mínimo questionável. Estado de Direito, Estado Democrático e Estado Constitucional podem (e veremos se devem) ser vistos como objetos diversos. Distintos a ponto de serem fórmulas ideais conflitantes, não obstante a história, o desenvolvimento real, encaminhe-se para uni-los.

Dentro dessa visão de incoerência, é possível enxergar, dentre outros, o conflito entre supremacia constitucional e democracia, foco principal do presente trabalho. Antes, porém, de ingressar no cerne da questão do caráter antidemocrático da supremacia constitucional é preciso fazer breve comentário sobre Estado de Direito, Estado Constitucional e defesa dos direitos fundamentais.

### **1. Estado de Direito, Estado Constitucional e direitos fundamentais**

Para a compreensão do Estado de Direito e do Estado Constitucional, utilizaremos como base de nosso estudo o pensamento de Gustavo Zagrebelsky, em *El derecho dúctil*.

O Estado de Direito surge em meio ao liberalismo e é característico do século XIX. Indica a eliminação da arbitrariedade e a inversão da relação que marcou o absolutismo: não mais o rei faz a lei, mas a lei faz o rei.

Não há dúvidas de que interpretar Estado de Direito como qualquer Estado sob regime da lei, qualquer que seja esta, leva ao esvaziamento da expressão. Foi o que ocorreu quando os regimes totalitários do período entreguerras defenderam ser a restauração do Estado de Direito, como Estado segundo a exclusiva vontade da lei positiva.

Não se pode olvidar, entretanto, que o Estado liberal de Direito, diferentemente dos regimes totalitários, tinha conotação substantiva relativa às funções e fins da ação do Estado e à natureza da lei. Assim, o Estado liberal de Direito assumia um significado orientado à proteção dos cidadãos frente à arbitrariedade da Administração; um condicionamento da autoridade do Estado à liberdade da sociedade.

O Estado liberal de Direito apresentava regra básica segundo a qual as regulações referentes às relações entre Estado e sociedade eram objeto da “reserva de lei” que excluía a ação independente da Administração (Zagrebelky, 2003, p. 28). De modo sucinto e bastante simplificado, pode-se dizer que os particulares eram dotados de autonomia até o limite da regulação e limitação dadas pela lei. A Administração, por outro lado, não possuía autonomia, mas tão somente o poder de executar o que a lei permitia.

Como características essenciais do Estado de direito advêm generalidade e abstração. A primeira indica que a lei opera frente a todos os sujeitos de direito, sem distinção, e está ligada aos postulados de igualdade ante a lei, moderação do poder e separação dos poderes. A abstração, por sua vez, é garantia da estabilidade da ordem jurídica e da previsibilidade do direito. Pode ser definida como a generalidade no tempo, ou seja, significa que a lei deve ser destinada a valer indefinidamente e é formulada sobre fatos abstratos (ZAGREBELSKY, 2003, p. 29).

Frise-se que acima das leis não havia nenhuma regra jurídica que lhe estabelecesse limites, nem mesmo os documentos constitucionais de então. E não havia necessidade disso. O princípio da legalidade era expressão da hegemonia da burguesia, de seus princípios políticos e jurídicos. A lei podia tudo porque estava vinculada a um contexto político-social e ideal definido e homogêneo (ZAGREBELSKY, 2003, p. 31).

Disso resulta uma das diferenças do Estado de Direito em relação ao Estado Constitucional de hoje. As constituições – não obstante fossem previstas como perpétuas e irrevogáveis e sem procedimento de revisão – eram flexíveis, suscetíveis de modificação pela lei. A aparente contradição pode ser explicada: o documento constitucional não podia ser reformado no sentido de retorno ao absolutismo. Mas à burguesia hegemônica era permitido modificar a constituição na defesa de seus princípios.

O leitor, ao observar que a função legislativa, no Estado Constitucional, é subordinada à Constituição, poderia depreender que se trata de um Estado de Direito que levou a sujeição ao direito até as últimas conseqüências. No entanto, o Estado Constitucional, para Zagrebelky, não é mera continuação do Estado de Direito nem estágio evoluído de realização mais completa possível. Trata-se, na verdade, de profunda transformação. O Estado superou sua função garantidora e assumiu tarefas de gestão direta de grandes interesses públicos, cuja realização conta com regras próprias e segue regras empresariais de eficiência. O princípio da eficiência força a administração a tomar decisões que vão além do que lhe é expressamente permitido.

Em relação aos particulares, muitos setores já não se inspiram na premissa liberal de autonomia como regra e limite da lei como exceção. Não apenas porque a lei passou a intervir para orientar a liberdade individual para fins coletivos, mas também porque intervém para negar o princípio da liberdade geral em alguns setores relevantes. Em substituição à autonomia até o limite da regulação dada pela lei, nesses setores estabelecem-se proibições gerais e a autorização só surge quando compatível com o interesse público.

Outra transformação, a marcar a distinção entre Estado de Direito e Estado Constitucional, seria a diminuição do grau de generalidade e abstração da lei em virtude da ampla diversificação dos grupos e estratos sociais que participam e fazem pressão pela criação de leis adequadas às suas necessidades e, por isso, fadadas à substituição quando surgem novas necessidades. Assim, as leis especiais nascem com prazo de validade indeterminado, porém sabidamente curto. Ademais os ordenamentos atuais são resultado de uma multiplicidade de fontes, o que, por sua vez, é expressão de uma pluralidade de ordenamentos. Nesse cenário, bem diferente da hegemonia burguesa característica do Estado de Direito Liberal, a Constituição ganha função unificadora, além de buscar ser um remédio para o direito mecanizado e tecnificado de nosso tempo. A Constituição impõe limites não só à atividade do Executivo e do Judiciário, mas também do legislador.

Por todo o exposto, Zagrebelsky afirma que Estado de Direito e Estado Constitucional não podem ser confundidos. Mas cabe aqui a ressalva de que essa confusão de modelos conceitualmente distintos é aceitável se compreendemos que a construção história deles em muitos momentos se confunde. Assim como não é correto afirmar que Estado Constitucional é evolução do Estado de Direito, também não se pode imaginar uma ruptura histórica e uma linha divisória bem definida entre eles. E não há proibição para que coexistam num mesmo Estado.

Acrescentamos que, não obstante a presença das várias diferenças decorrentes da transformação, Estado de Direito e Estado Constitucional têm um ponto essencial em comum: visam à proteção à liberdade e a outros direitos básicos. E as transformações citadas por Zagrebelsky, acreditamos que não por coincidência, acompanham as mudanças na percepção da própria liberdade[1].

No Estado Constitucional, os direitos fundamentais são, segundo Alexy[2], dotados de máxima classe, o que resulta do fato de serem regulados na Constituição (2003, p.33). *Data venia*, é possível acrescentar que, apesar de não haver hierarquia entre as normas constitucionais quando confrontadas entre si, os direitos fundamentais são dotados de máxima classe também pelo papel de destaque que ocupam dentro da própria Carta Constitucional na medida em que se nos

apresentam como cláusulas pétreas. Entende-se que esses direitos são intangíveis e devem ser assegurados incondicionalmente a todos e cada um dos indivíduos. E que por isso são resguardados contra as políticas baseadas em cálculos de custo benefício e contra o procedimento de tomada de decisões pela maioria.

Posto isso, podemos adentrar a discussão que deve ser nosso foco principal.

## **2. Supremacia da constituição e defesa dos direitos fundamentais**

É comum apresentar a constituição rígida e o controle jurisdicional de constitucionalidade como desenho institucional ideal e indispensável para a proteção dos direitos fundamentais.

Apresentaremos o conflito entre democracia e constitucionalismo, ao analisarmos a interessante crítica que Juan Carlos Bayón constrói sobre esse desenho institucional, além da solução por ele apresentada.

Bayón se questiona se para proteger os direitos fundamentais, a que ele chama “coto vedado”, é necessária uma constituição rígida e com controle jurisdicional de constitucionalidade. Propõe-se a descobrir se ao aceitarmos uma teoria da justiça que confere direitos fundamentais, estaremos comprometidos em aceitar como desenho institucional o constitucionalismo forte.

Normalmente se dá por consolidado que quem eleja a tese do “coto vedado” acabe comprometido com o constitucionalismo. Pensa-se que a tese do “coto vedado” requer um desenho institucional que resulta da combinação entre a primazia da Constituição – indisponibilidade dos direitos básicos para o legislador ordinário – e o mecanismo de controle jurisdicional de constitucionalidade da legislação ordinária – instrumento tido como necessário, sem o qual a supremacia constitucional careceria de garantias efetivas.

Mas, para Bayón, disso podem resultar desenhos institucionais diversos. O grau de rigidez das constituições é variável, podem conter ou não cláusulas de imodificabilidade. O procedimento de reforma pode ser mais ou menos gravoso. E em alguns casos é tão gravoso que se torna impossível.

Sendo assim, cabe perguntar qual desenho institucional o ideal do “coto vedado” requer. A princípio, se tomássemos o sentido estrito de “coto vedado” como esfera intangível de direitos básicos, concluiríamos que requer a pura e simples imodificabilidade; que requer a primazia de uma constituição rígida combinada com o controle jurisdicional de constitucionalidade. Rejeitar esse desenho seria rejeitar o ideal do “coto vedado”. Mas, para Bayón, tal afirmação não é verdadeira.

O Constitucionalismo tem uma conta pendente com a objeção contramajoritária. E é bom lembrar que a democracia também nos é apresentada como ideal moral, como bem esclarece Sanchís:

“Si la democracia constituye un modelo valioso de convivencia no es simplemente porque proporciona una regla para resolver las disputas políticas, sino porque propicia mejor que otros sistemas el desarrollo de la autonomía individual, del diálogo, de la igualdad de derechos e de la participación de todos en asuntos comunes; que es justamente lo que históricamente pretendieron impulsar las Constituciones” (2003, p.137).

A objeção contramajoritária adota duas formas fundamentais. Para a primeira, a primazia constitucional implica precisamente restrições ao que a maioria pode decidir. A segunda questiona qual legitimidade têm os juízes, que não são representativos nem politicamente responsáveis, para invalidar decisões de um legislador democrático.

As duas réplicas usuais e, de acordo com Bayón, pouco convincentes tentam provar que a tensão entre democracia e constitucionalismo é só aparente. Para a primeira delas tudo depende do que entendamos por democracia. Se for simples regra da maioria há, de fato, conflito com o constitucionalismo. Se for o que decide a maioria desde que não vulnere direitos básicos ou o que decida uma maioria qualificada (que seria o “conceito rico de democracia”), não há conflito. Na segunda alega-se que quando os juízes constitucionais invalidam decisões do legislador democrático não põem seu próprio critério, mas tão somente se limitam a fazer a vontade democrática do constituinte.

Este último argumento é, segundo Bayón, pouco convincente porque ignora a brecha interpretativa. Muitos dos direitos básicos estão formulados em termos vagos e abstratos; é inevitável uma leitura moral deles. O juiz inevitavelmente terá de colocar seu próprio critério.

Bayón rebate a primeira réplica ressaltando que há procedimentos de reforma tão exigentes que a tornam inviável. Nesses casos, os juízes constitucionais têm a última palavra sobre o conteúdo e alcance dos direitos básicos. A regra é, na verdade, “o que decida a maioria desde que não vulnere o que os juízes constitucionais entendem que é o conteúdo dos direitos básicos”.

O professor da Universidade de Barcelona entende que não é evidente que quem adote o “coto vedado” deva considerar uma má regra de decisão coletiva o puro e simples critério da maioria. E nos lembra que em torno dessa idéia tem-se



formulado as recentes críticas ao constitucionalismo. Elege a de Waldron como a mais lúcida delas, por mostrar as debilidades da justificação do constitucionalismo e dar argumentos sólidos para criticar o constitucionalismo forte. No entanto, não nega que ela tenha fissuras, na medida em que leva à rejeição total de qualquer forma de constitucionalismo. Tentando corrigir essas fissuras, Bayón constrói sua idéia de constitucionalismo fraco (ou débil) como modelo adequado para quem adote como seu o ideal do “coto vedado”. E, de modo peculiar, a solução por ele apresentada é retirada do mundo prático. É solução que já existe no mundo real e que, segundo o autor, funciona muito bem.

O constitucionalismo defende que se não há restrições substantivas à regra da maioria, através dela será possível adotar qualquer decisão, independente de seu conteúdo, e inclusive, oprimir a minoria. Por isso ela seria perigosa. O constitucionalismo seria, por isso, concebido como remédio necessário. Consistiria na imposição de limites substantivos últimos (direitos básicos) a um procedimento (a regra da maioria).

Waldron, porém, defende que essa é uma idéia enganosa. Na organização da vida política há desacordos acerca do que é justo. Antes da substância e depois dela são iniludíveis os procedimentos. Na previsível ausência de unanimidade, teve-se que tomar uma decisão sobre o que as maiorias não poderão decidir. Depois, seguirão tomando a decisão sobre a delimitação exata estabelecida àquilo que poderão decidir.

O constitucionalismo seria não um procedimento de decisão com restrições substantivas, mas uma combinação de procedimentos para tomar decisões acerca de outros procedimentos.

Nos momentos de política constituinte (originária ou de reforma) não se estabelece como limitar a decisão da maioria com uma lista de critérios substantivos, mas com resultados que lançam procedimentos. Assim, para Waldron, os direitos não seriam concebidos como limites substantivos prévios ao procedimento majoritário, mas como produto daquele procedimento.

Nos momentos de política constituída, o limite ao poder de decisão da maioria vem dado não por critérios substantivos, mas por resultados que lançam outro procedimento: o do controle jurisdicional de constitucionalidade. E o limite ao poder de decisão da maioria não são os direitos constitucionalizados, mas o que órgão que exerce o controle jurisdicional de constitucionalidade (ou a maioria de seus membros) estabeleça que é o conteúdo dos direitos.

Assim, para Waldron toda regra de decisão coletiva última tem que ser procedimental. E se é procedimental, através dela é possível tomar validamente decisões com qualquer conteúdo. O que equivale a dizer que toda regra de decisão coletiva é falível; nenhuma exclui a possibilidade de opressão, seja da minoria ou da maioria. Assim, não se trata de escolher entre um procedimento com e um sem restrições substantivas, mas entre duas regras de decisão coletiva estritamente procedimentais e, como tais, falíveis.

Nesse caso, quem aceita o ideal do “coto vedado” deveria preferir a regra da maioria simples. O ideal profundo dos direitos é uma comunidade de indivíduos que se reconhecem como agentes de igual dignidade. E a regra da maioria, segundo Waldron reconhece a igual capacidade de autogoverno das pessoas, o que lhe confere um valor intrínseco, uma qualidade moral, que nenhum outro procedimento de tomada de decisão coletiva possui, pelo menos não no mesmo grau.

A rigidez, própria da primazia constitucional, exige maiorias reforçadas para a reforma da Constituição. E a princípio nos parece justo que a decisão de questões fundamentais só se dê de acordo com a maioria quando ela for muito superior, quando for reforçada. Mas se vemos a questão por outro lado, isso entrega um poder muito grande nas mãos da minoria. A exigência de maioria reforçada equivale, assim, a poder de veto da minoria. Atribui desigual valor de voto a partidários e oponentes da proposta votada. Desta forma, algumas questões fundamentais só podem resolver-se de acordo com a minoria.

Nem sequer é correto que, como se costuma pensar, a exigência de maioria reforçada seja meio eficaz de proteger a minoria contra abusos da maioria. O poder de veto de que goza a minoria pode ser ampliado não só para bloquear os abusos da maioria contra a minoria, mas também para oprimir outras minorias ou mesmo a maioria. E mais difícil do que justificar porque a minoria tem que se submeter à maioria é justificar porque a maioria tem que estar sujeita a limites só modificáveis pela minoria.

Assim, também é possível refutar, pelas mesmas razões, o controle jurisdicional de constitucionalidade, que, da mesma forma, se separa do ideal de igual participação das decisões. Separa-se mesmo que o procedimento de reforma da constituição não seja tão exigente a ponto de ser inviável. Isso porque sempre que se exige maioria reforçada, a desigualdade, que já lhe é inerente, é na realidade decisão dos juízes constitucionais. Em outras palavras, ao determinar o que é inconstitucional, são eles que decidem sobre quais cidadãos recai o peso de ter que reunir a maioria qualificada. A separação em relação ao ideal de igual participação é

ainda maior se os juízes, de fato, têm a última palavra sobre o conteúdo dos limites a regra da maioria.

O constitucionalismo, para justificar isso, normalmente defende que por tratar-se de limites impostos à maioria (para que não oprima a minoria) não se pode permitir que ela mesma os trace.

Aduz Bayón que a argumentação de Waldron conduz a um desenho institucional em que o nível de respeito do qual gozam os direitos fundamentais depende mais de sua cultura política do que de seu sistema institucional. De forma que o constitucionalismo em algumas sociedades seria desnecessário ou insuficiente.

Mas o que dizer então daquelas sociedades cuja cultura política não é tendente à defesa dos direitos fundamentais? Estariam seus membros privados da proteção a esses direitos. Daí emerge a importância e um dos prováveis motivos da grande expansão do constitucionalismo no mundo: ele se ocupa da proteção dos direitos fundamentais mesmo em sociedades de cultura política dita mais "pobre". Nesse ponto se encontra uma das falhas da argumentação de Waldron. O fato de algumas sociedades políticas serem capazes de defender os direitos fundamentais utilizando a regra da maioria simples não retira a importância do constitucionalismo na missão a que se propõe. Não estamos afirmando, de modo algum, que o constitucionalismo não seja antidemocrático. Apenas que ele nos tem servido, apesar de apresentar características negativas.

As críticas de Waldron ao constitucionalismo são muito pertinentes e levam à necessária reflexão sobre o próprio regime. Mas cabe acrescentar que, na reflexão de Waldron, nos remetemos, indiretamente, ao dilema de liberdade positiva *versus* liberdade negativa[3]. Waldron parte da premissa de que o ideal da comunidade é a liberdade positiva, enquanto autogoverno, e que conduz à igual participação das decisões.

Deve-se, no entanto, considerar a possibilidade de que tal premissa seja falsa. E se o ideal profundo dos direitos não for o autogoverno (liberdade positiva) ou a igualdade de participação, mas sim a não interferência do estado em determinada esfera da vida do indivíduo (liberdade negativa)? E se os direitos básicos realmente funcionam como limites substantivos e não meramente procedimentais? Bayón nos lembra que, ao afirmar que antes da substância seja inevitável e indispensável o procedimento, Waldron incorre em erro: o regresso ao infinito.

Sendo falsas as premissas, cai por terra toda a argumentação de Waldron e a completa negação ao constitucionalismo que sugere.

Ademais, Waldron afirma que, no constitucionalismo, a última palavra sobre o que é ou não constitucional é *sempre* dos juízes. Tal alegação é, no entanto, inaceitável. Nem sempre os direitos fundamentais vêm definidos sob a forma de princípios ou cláusulas abertas, como ele propõe, mas também sob a forma de regras, suficientemente precisas. Portanto, nem sempre os juízes têm que completar a norma e determinar seu alcance.

Feitas estas considerações, passemos agora às réplicas, que Bayón nos apresenta, do constitucionalismo.

Para a primeira delas, aceitar a regra da maioria é aceitar que a maioria pode tomar qualquer decisão, inclusive a de deixar de decidir por maioria simples. Bayón refuta essa réplica lembrando que, numa decisão como essa, a maioria se auto-anularia, de nada valendo o valor moral intrínseco que conduz à regra da maioria, o de igual participação.

O constitucionalismo também se defende aduzindo que, em circunstâncias de qualidade superior, como o momento constituinte, é possível traçar limites não removíveis por decisões posteriores, que seriam tomadas em momentos de qualidade inferior, como os de política constituída. Bayón também refuta esta réplica, alegando que a composição do conjunto de indivíduos que formam a sociedade está sujeita a contínua variação; o grupo se renova a cada momento. Assim, não faz sentido que os indivíduos de hoje sejam limitados por uma decisão dita mais lúcida tomada por um grupo que não mais existe. Além do mais, a réplica pressupõe arbitrariamente e sem fundamento que o momento da constituinte tem sempre maior qualidade que os de política constituída. Aduz, ainda, que esse argumento não justifica o controle jurisdicional de constitucionalidade. A existência deste é responsável pela constatação de que não se trata de auto-limitação da maioria, mas de limitação externa feita pelo Judiciário.

### **3. A conciliação entre democracia e supremacia da constituição**

Juan Carlos Bayón busca no constitucionalismo fraco da Suécia e do Canadá a solução para o conflito entre democracia e supremacia da constituição. Segundo ele, trata-se de desenho institucional que, ao passo que respeita o maior valor moral intrínseco do procedimento democrático, aproveita as possíveis vantagens instrumentais do constitucionalismo.

Segundo ele, quem adote como seu o ideal do “coto vedado” deve preferir o constitucionalismo fraco “porque quien entienda que ciertas decisiones no deben ser tomadas debe preferir un procedimiento que las excluya (...)” (p. 230).

Nos dois países citados, a maioria requerida para alterar a constituição é a mesma requerida para o procedimento legislativo ordinário. No Canadá, uma lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal continua em vigor pelo prazo de cinco anos, suscetível de renovações. Na Suécia a proposta de emenda é votada duas vezes. Entre as duas votações distintas deve haver eleições gerais e um intervalo mínimo de nove meses.

Nesse modelo, sempre que a questão pareça duvidosa, acrescenta Bayón, os juízes tendem a adotar uma atitude de deferência frente ao Legislativo. E quando entendem que os argumentos contra a constitucionalidade da lei são dificilmente contestáveis, seu pronunciamento altera significativamente o debate político. Assim o legislador que queira discordar, sabe que passará por eleições, nas quais a questão será debatida. O legislador precisará então de uma argumentação alternativa capaz de obter respaldo, e "como enseña la práctica constitucional de aquellos dos Estados, se traduce habitualmente en la simple aceptación por parte del legislador de la declaración de inconstitucionalidad".

Desta forma, o debate passa necessariamente pelo Judiciário e pelo Legislativo. Mas há que se frisar que a última palavra é sempre do Legislativo. E isto põe em dúvida a capacidade de conciliação que Bayón diz ter esse modelo, uma vez que o que ocorre, de fato, é a prevalência do legislador sobre os juízes. Mesmo no caso de haver uma questão em que os argumentos contra a constitucionalidade são dificilmente contestáveis, conforme exposto anteriormente, não há qualquer garantia de que a prática constitucional daqueles dois países se repita do mesmo modo nos demais.

#### **4.A democracia**

Muito se discute o caráter antidemocrático da supremacia constitucional. Atribui-se esse caráter à limitação que a constituição representa à regra da maioria simples. Mas é preciso que fique claro que o princípio da maioria não é necessariamente democrático. Nas lições do professor Nelson Matos:

"O senado romano, por exemplo, era um órgão aristocrático e deliberava pelo princípio da maioria. A circunstância de que na democracia se decida coletivamente, e que o princípio da maioria é uma das técnicas de decisão coletiva, não leva a concluir que o princípio da maioria seja necessariamente democrático. (...) a democracia não adota necessariamente o princípio da maioria" (2002, pp. 64 e 65).

Assim, nada impede que a democracia adote como regra de decisão a unanimidade, a negociação, o consenso. Além disso, nada prova que o critério quantitativo garanta fundamento qualitativo a uma decisão. Não se pode afirmar que determinada decisão é mais sábia porque a maioria com ela concorda.

Nem tampouco há o alegado valor intrínseco – a igual participação nas decisões – no critério da maioria simples, uma vez que prevalece a democracia indireta, ou seja, sua forma representativa. É impossível que o representante eleito seja fiel à opinião de cada um de seus eleitores. E mesmo que se alegue, como o faz Bayón, que o valor moral do governo representativo não deriva de que na tomada de decisões a opinião de cada cidadão tenha exatamente o mesmo peso que a de qualquer outro. E que o representante ocupa essa posição não por sua qualidade moral, mas pela quantidade de cidadãos que o escolheram. Ainda assim é possível duvidar da qualidade moral que se lhe atribui: a igualdade. É questionável concluir que um indivíduo, exatamente por ser igual aos demais – aos que compõem a maioria – deve a eles se submeter quando com eles não concordar. E foi dessa maneira que Kelsen concluiu que não é a igualdade, mas a liberdade (positiva) que fundamenta a regra da maioria (MATOS, 2002, p.71). E liberdade o constitucionalismo também garante em alto grau.

Ademais, a tomada de decisão coletiva hoje envolve mais que argumentos que fundamentem as opções em xeque. Envolve campanhas publicitárias milionárias, negociações políticas entre os partidos e entre estes e os diretamente interessados nas questões. Tudo isso coloca em dúvida a eficácia da regra da maioria simples na defesa dos direitos básicos. Nem é preciso falar da falta de confiança depositada no Legislativo hodiernamente.

Assim, só nos resta como defesa do critério da maioria o fundamento utilitarista, segundo o qual a regra majoritária serve para evitar impasses. Já que não é possível – em comunidades com população extensa ou com grande número de representantes – alcançar a unanimidade nas decisões a serem tomadas – tarefa difícil mesmo em grupos muito pequenos – é preciso estabelecer um critério que viabilize a tomada de decisão. O princípio da maioria ganha ainda mais importância quando as questões votadas não são tão simples e envolvem mais de três opções a serem votadas.

## **5. Considerações finais**

É difícil negar o caráter antidemocrático que o constitucionalismo apresenta. E não há por que fazê-lo. Aqui é preciso questionar-se o porquê de ver o regime democrático como necessariamente superior.



O fato ora exposto não constitui motivo para se refutar o constitucionalismo. A democracia não é dotada de valor superior ao constitucionalismo, nem tampouco é garantidamente mais eficiente na proteção aos direitos fundamentais.

E não se pode negar que o que a história do século XIX em diante é marcada especialmente pela luta por esses direitos. Mesmo que se alegue que os direitos ditos fundamentais não são naturais, não são superiores e que não passam de construção humana. Ainda assim sua defesa é importante.

Se o homem vê tais direitos como inerentes à sua natureza, não os adotou, inicialmente, por vontade da maioria. Mas porque em algum momento se acreditou – não importa quantos acreditaram, mas em que – que eram divinos e superiores e que deviam ser aceitos por fazerem parte da essência humana.

Nesse contexto, o constitucionalismo ganha maior relevância, não porque o momento constituinte seja mais sábio, ou que a constituição seja fruto de um direito superior, mas porque a ordem constitucional ajuda a garantir a liberdade (negativa), permitindo que os cidadãos sigam com suas vidas particulares. A constituição garante o sentimento de segurança e se apresenta como “resposta” para as questões do cotidiano, além de apresentar função unificadora do ordenamento.

Não se pode exigir dos cidadãos, a todo o momento, – nem boa parte deles tem apresentado – extremo interesse por todas as questões políticas. E não é difícil imaginar que essa boa parte desinteressada deseje ver seus direitos garantidos, inclusive aquele de se manifestar diante do desrespeito aos demais direitos. É questionável a premissa de que o que as pessoas realmente desejam como ideal profundo seja participar das decisões políticas (liberdade na acepção de autonomia).

A opressão da minoria à maioria também ganha contornos mais complexos quando percebemos que os indivíduos não pertencem a um só grupo. No cenário de pluralismos em que vivemos, um mesmo indivíduo ora se inclui na maioria, ora na minoria, a depender da questão debatida. Assim como também as minorias podem se unir e formar nova maioria. Os grupos sociais não são homogêneos.

Estado de Direito, Estado Democrático e Estado Constitucional devem ser vistos como objetos diversos que são. Tratá-los como sinônimos ou indissociáveis é erro que, apesar de comum, esvazia os conceitos envolvidos. Considerá-los como objetos necessariamente imiscíveis, por sua vez, é ignorar os caminhos percorridos pela história humana que os uniu, mesmo que isso signifique coexistência por vezes conflituosa, solucionada pela prevalência ora de um, ora de outro.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático**. In: CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

BAYÓN, Juan Carlos. **Derechos, democracia y constitución**. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Vol1\\_05.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Vol1_05.pdf)>. Acesso em: 16 novembro 2010.

BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade**. In: Estudos sobre a humanidade. Trad. R. Eichenberg. São Paulo: Companhia de Letras, 2002.

KELSEN apud MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Teoria do Estado: uma introdução crítica ao Estado democrático liberal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Teoria do Estado: uma introdução crítica ao Estado democrático liberal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madri: Trotta, 2003.

#### NOTAS:

[1] Para alguns, a liberdade, que antes era não interferência do Estado em dada esfera da vida do particular, passa a exigir também prestação do Estado de modo a garantir vida digna ao indivíduo. Não se pode ser livre sem condições mínimas de sobrevivência.

[2] É preciso lembrar que Alexy teve como objeto de suas reflexões os direitos fundamentais no sistema jurídico alemão.

[3] Isaiah Berlin, em Dois conceitos de liberdade traz esclarecimentos sobre o tema. Nos séculos XVII e XVIII, período de formação das bases do pensamento liberal, a liberdade é vista como ausência de interferência do Estado e demais indivíduos em determinada esfera da vida do particular. Com o racionalismo, é desenvolvida a teoria da liberdade positiva. Para os racionalistas, a liberdade não é um vácuo ou ausência de interferência, mas autodeterminação. O indivíduo se considera livre porque consentiu com sua limitação, assim como todos do grupo. E, fazendo uso da razão,

percebe que não deve querer aquilo que não tem certeza que pode conseguir. Desta forma, as paixões são controladas. Nesse sentido a liberdade é autogoverno, é participação (2002, pp. 229-240).

## AS RELAÇÕES DO DIREITO DO CONSUMIDOR E O COVID-19

**LUIZ FELIPE SOARES COSTA:**

Acadêmico de Direito - 10º Período.  
Centro Universitário Luterano de Manaus  
- CEULM/ULBRA.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo apontar indicativos de soluções pertinentes ao momento de pandemia da COVID-19 e os direitos dos consumidores. A pesquisa é de natureza documental, fazendo extenso ao posicionamento do Poder Executivo em favor de resguardar a saúde da sociedade, alinhados com os direitos dos consumidores. Entende-se que neste momento, o segmento mais afetado é a economia, que, por conseguinte, reflete diretamente no comércio e nas relações de consumo. Reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor nesta relação contratual, entende-se por necessário esclarecer as dúvidas pertinentes, orientando os consumidores para que não sejam lesados por práticas abusivas das referidas empresas relacionadas aos temas debatidos. Um equilíbrio contratual, no presente momento, é a melhor alternativa para que tenha harmonia nas relações de consumo.

**Palavras-chave:** Pandemia; consumidor; serviços essenciais, covid-19.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. O surgimento da pandemia do Covid-19 (Coronavírus) e as suas consequências: 3. Caso de Força maior e as relações de consumo. 4. 4. Cancelamento de passagens aéreas e pacotes turísticos 5. Cobranças por serviços públicos essenciais suspensos 6. Considerações finais. 7. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

Nos últimos meses, o mundo vem lutando contra um inimigo invisível, uma pandemia que vem gerando grandes impactos negativos na economia mundial. Tudo isso, trata-se do Covid-19 (coronavírus), que mudou toda a rotina da sociedade e do comércio em geral.

Neste contexto, a pesquisa analisará as questões mais pertinentes que se trata das relações de consumo e dos serviços considerados essenciais, observando a forma como vem sendo conduzidos essas relações contratuais, sem que haja abusividade por parte das empresas envolvidas.

O Estado tem o dever e o direito de preservar a vida, saúde e a segurança da sociedade, sendo necessário tomar medidas preventivas e protetivas para que ninguém seja lesado. Por conta disso, será esclarecido sobre os temas mais pertinentes, sendo estes, do que se trata os direitos dos consumidores nos casos de passagens aéreas, serviços essenciais, sendo estes, fornecimento de energia elétrica

e água e, esclarecimentos sobre caso de força maior que induziu o Poder Executivo a tomar medidas eficazes para o bem da coletividade.

## **2.O surgimento da pandemia do Covid-19 (Coronavirus) e as suas consequências**

A chegada do Covid-19 (coronavirus) mudou toda rotina mundial, gerando grandes alterações e impactos nas relações de trabalho, mudanças sociais, planejamento de eventos, viagens, cursos, mas principalmente, nas relações de consumo. Outrossim, deixando uma grande incerteza, dúvidas de como agir, a quem procurar e o que se esperar, levando em consideração as medidas preventivas, tendo em vista que o Poder Executivo realizou restrições de aglomerações de pessoas, com determinação de fechamento dos estabelecimentos comerciais, com a recomendação de isolamento social, ficando em funcionamento somente os serviços compreendidos como essenciais.

Por esclarecimento, relata-se que o vírus, inicialmente teria sido em casos isolados, sendo identificado na cidade chinesa Wuhan, gerando o primeiro óbito decorrente deste, quatro dias após o isolamento inicial.

Por sua vez, o vírus se alastrou de forma desgovernada, sendo que meados de março de 2020, todos os continentes tinham sido afetados, inclusive o Brasil, chegando ao momento de ser decretado pela OMS como uma pandemia.

Nos dias de hoje, os países com maior número de contaminados é o Estados Unidos, Itália e Brasil, tendo este último ultrapassado 20 mil pessoas diagnosticada com o vírus.

O Poder Executivo dos seus respectivos Estados vem tomando medidas preventivas e protetivas bastante rígidas, visando resguardar a saúde coletiva. Com isso, o segmento mais afetado com essas medidas é a economia, e por conseguinte, as relações de consumo, tendo em vista que ambas têm relacionamento direto uma com a outra.

## **3.Caso de Força maior e as relações de consumo**

Conceitua-se força maior aquele que está preceituado no parágrafo único do art. 393 do Código Civil, em que nos dispõe de que são fatos em que não é possível evitar ou impedir os seus respectivos efeitos em decorrer de determinados fatores e consequências inevitáveis.

Outrossim, a pandemia do Covid-19 é considerada um caso de força maior, levando em consideração de que não era possível prever a incidência do vírus de forma desordenada, e que por conseguinte, traria grandes consequências mundiais.

Por sua vez, a adoção das medidas protetivas afeta diretamente a economia e as relações de consumo, visto que na maioria dos contratos deste tipo de relação, depende de três fatores, o tri pé da relação consumerista, sendo estes, o consumidor, o fornecedor, o produto e/ou serviço. Diante disso, temos exemplos clássicos, os contratos vigentes com academias, clubes de spa, eventos, viagens, escolas, universidades, que com as medidas, sofreram uma interrupção em seu curso, havendo uma suspensão e/ou cessação nos contratos estabelecidos ente fornecedor e consumidor.

No caso concreto, em seu Art. 14, §3º do Código de Defesa do Consumidor, esclarece sobre este fator predominante. Vejamos a seguir:

**Art. 14.** O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por efeitos relativos à prestação dos serviços, como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos

**§3º** O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I-** Que tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II-** A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Ante o exposto, o CDC nos preceitua que os casos de força maior é uma das pouquíssimas possibilidades de afastar a responsabilidade do fornecedor, levando em consideração que o mesmo não deu causa, nem colaborou de forma direta ou indireta para a interrupção do contrato.

Entende-se que há uma situação excepcional no país, sendo este, o estado de calamidade pública, que resta claro a ausência do nexos de causalidade, afastando a culpa no que diz respeito ao fornecedor, visto que configura-se evento de força maior, que independeu da vontade das partes para ocorrer, eximindo assim, tanto fornecedor, quanto consumidor, das penalidades contratuais, condicionando um acordo entre as partes para que seja resolvido de forma equilibrada.

#### **4. Cancelamento de passagens aéreas e pacotes turísticos**



Em razão da pandemia do Covid-19, muitos consumidores decidiram cancelar os contratos celebrados com agências de viagens e turismo. Por conseguinte, há casos em que há impedimento em razão de barreiras sanitárias, igualmente, tantos outros, por medo de contágio, ainda que não exista proibição de transporte e acesso aos respectivos Estados ou países.

Diante da grave situação, como medida emergencial, foi publicada no dia 18 de março de 2020 a Medida Provisória de nº 925/2020, que estabelece regras para as empresas de aviação civil brasileira para voos contratados até dia 31 de dezembro de 2020.

Dentre os regramentos editados na MP n 925/2020, os passageiros que decidirem adiar as suas viagens serão isentos de multas pela remarcação, por conseguinte, nos casos em que aceitem o reembolso em forma de créditos para uma futura compra da passagem no prazo de 12 (doze) meses, a contar do voo frustrado. Neste caso, o consumidor arcará apenas com eventuais valores referentes a diferença das tarifas quando marcarem a nova data de viagem.

Por sua vez, nos casos de cancelamento do voo e a solicitação do reembolso dos respectivos valores, o fornecedor terá o prazo de 12 (doze) meses para restituir os valores, conforme nos diz a Medida Provisória 925/2020 em seu Art. 3º:

**Art. 3º.** O prazo para o reembolso do valor relativo à compra de passagens aéreas será de 12 (doze) meses, observadas as regras do serviço contratado e mantida a assistência material nos termos da regulamentação vigente.

Por ocasião de cancelamento ou remarcação por iniciativa da companhia aérea, o consumidor deverá ser informado com antecedência de 72 (setenta e duas) horas, podendo optar pelo reembolso sob a forma de crédito com validade de 12 (doze) meses a contar da data da viagem frustrada, ou, a acomodação em outro voo disponível.

## **5. Cobranças por serviços públicos essenciais suspensos**

Perante a crise econômica que vem sendo provocada pela pandemia do Covid-19, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), decidiu no dia 24 de março de 2020, de forma preventiva e protetiva, suspender os cortes de fornecimento de energia elétrica para aqueles que não tivessem condições de realizar o pagamento das contas de luz. Tal medida estará em vigor pelo prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação, tendo a possibilidade de ser prorrogada de acordo com a necessidade da população, ou enquanto perdurar esta situação.

Ressalta-se, que a suspensão vale para as residências urbanas e rurais e para os demais estabelecimentos cujos serviços sejam considerados essenciais, conforme a legislação, tais como assistência médica e hospitalar, unidades hospitalares, institutos médico-legais, centro de hemodiálise e de armazenamento de sangue, centro de produção, armazenamento e distribuição de vacinas e soros antídotos e afins. Tais medidas foram debatidas e defendidas por entidades e órgãos de proteção dos direitos dos consumidores, como uma forma de resguardar e ajudar as famílias durante o período de crise e pandemia. Por sua vez, é fundamental destacar que isso não impede as medidas de cobranças de débitos vencidos, prevista na legislação, inclusive, a inscrição dos dados pessoais dos inadimplentes nas empresas de proteção ao crédito.

Enfatiza-se que, a paralisação de quaisquer serviços e canais de atendimento da distribuidora de energia deve ser precedida de previa comunicação à população, havendo a obrigatoriedade de a informação ser mantida em destaque em seus meios de comunicação e adotadas todas as providencias possíveis para minimizar o impacto negativo.

Ademais, nos casos em que algumas concessionárias que são responsáveis pela distribuição de energia e água em nosso Estado, opine por desobedecer as ordens judiciais e administrativas vigentes, sugere-se que seja realizado uma reclamação junto aos órgãos de proteção dos consumidores, podendo ser efetivado nos Procon's, Defensoria Pública Estadual, Ministério Público Estadual ou Federal, para que adotem as medidas necessárias em respeito as determinações mencionadas e o consumidor possa ter o restabelecimento do serviço essencial em sua residência.

Por fim, vale ressaltar que essa prevenção e proteção estende ao fornecimento de água e serviços de esgoto mediante decretos estaduais e municipais vigentes, Portanto, assim, fica resguardado o direito do consumidor neste período de pandemia, a disponibilidade de fornecimento de água e energia elétrica, sendo vetado a condição de cortes destes serviços, a contar da publicação, ficando obrigado as empresas, caso realize o corte no período de pandemia, a obrigatoriedade de reativar os serviços para que não sejam penalizadas.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os danos e prejuízos para toda sociedade, advindos pela pandemia do covid-19, são inúmeros, inclusive nos contratos oriundos da relação de consumo, ora objeto de análise neste texto.

Cabe ressaltar como indicativo de solução, a adoção de boas práticas consumeristas, bem como o favorecimento do diálogo e dos princípios que baseiam

a relação no mercado consumidor. Um acordo bem feito, partes inevitavelmente cedendo e com prejuízos, e melhor do que todo um processo de conhecimento e se ao final conseguir realizar o cumprimento de sentença com êxito, em face dos impactos da pandemia, que ainda de fato não conhecemos.

Nesse contexto, a guisa de conclusão e de pedido consistem a prudência e a paciência, visando se ter o mínimo de prejuízo entre as partes, a continuidade das relações de consumo e as atividades econômicas no país.

## 7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília: Presidência da República do Brasil, 2006. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)

BRASIL. **Medida Provisória n. 925 de 18 de março de 2020**. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da **covid-19**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2020/Mpv/mpv925.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/Mpv/mpv925.htm)

## PENSÃO POR MORTE NA UNIÃO ESTÁVEL

**STARLYNE DO NASCIMENTO LOBO:**

Bacharelada em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - TO.

**KELLY NOGUEIRA DA SILVA GONÇALVES**

**(orientadora)**

**RESUMO:** Este artigo tem a finalidade de estudar, analisar e classificar o benefício de pensão por morte na união estável no âmbito prático processual, informando sua forma de concessão, regras do pedido de requerimento, prazo de recebimento do mesmo, além de das provas de comprovação de união estável do dependente. A Pensão por morte é um benefício que será concedido aos dependentes do segurado quando de seu falecimento, que dará ao dependente o direito ao benefício no intuito de resguardar aos mesmos, condições de sobrevivência, em virtude do falecimento de seu mantenedor.

**Palavras-chave:** Previdência Social, Pensão por Morte, União Estável, Provas.

**ABSTRACT:** This article has the purpose of deciphering the death pension benefit in the stable union, informing its form of granting, rules of the request for application, deadline for receipt of the same, in addition to the proof of proof of the dependent's stable union. The Death Pension is a benefit that will be granted to the dependents of the insured when they die, which will give the dependent the right to the benefit in order to protect them, conditions of survival, due to the death of its maintainer.

Keywords: Social Security, Pension for Death, Stable Union, Evidence.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo, surge ante a dificuldade àqueles que de forma direta dependem de meios de provas documentais para comprovar sua união com o *de cujus*.

Um dos momentos mais difíceis enfrentados pelo ser humano, sem dúvida nenhuma, é a perda de um ente querido (a). Este momento envolve a perda, a saudade, o vazio, a fragilidade e a falta de proteção. É justamente neste contexto que o texto constitucional sobre esse evento se faz presente para cumprimento da função de amparo ao cônjuge, companheiro ou companheira e dependentes.

O objetivo geral desse artigo é analisar a atuação de quem vive em união estável quanto ao direito à pensão por morte e quais seriam os requisitos necessários em caso de união estável para comprovação da pensão por morte e demonstrar sobre as práticas processuais perante o Poder Judiciário onde há maior flexibilidade dos meios de provas.

Discutir a Pensão por morte, pois é o benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado que falece ou tem a morte presumida declarada judicialmente.

Pontuar requisitos quanto a união estável e o segurado.

Classificar os meios de provas documentais a ser utilizados para a comprovação da união estável para o meio previdenciário e suas práticas processuais.

Processualmente quais seriam os requisitos necessários em caso de união estável para comprovação da pensão por morte.

Buscará demonstrar quais são as classificações dos meios de provas documentais a serem utilizados para a comprovação da união estável para o meio previdenciário e suas práticas processuais.

Dessa forma, o estudo realizado neste trabalho feito através de pesquisa bibliográfica, documental, livros, pesquisas teóricas na legislação, jurisprudência e artigos, buscando demonstrar os meios processuais de comprovação da pensão por morte na união estável no meio previdenciário.

## **2. PENSÃO POR MORTE**

### **2.1 Evolução da Pensão Por Morte**

A pensão por morte é um dos benefícios previdenciário mais antigos do nosso ordenamento, a Lei Eloy Chaves (Decreto n. 4.682/23) foi a referência inicial da Previdência Social no Brasil, uma vez que instituiu a concessão de pensão por morte aos herdeiros dos ferroviários que viesse a falecer após dez anos prestando serviços ou até mesmo por acidente de trabalho.

Do mencionado diploma legal percebe-se que é adotada uma visão de caráter securitário, em que o beneficiário é chamado de herdeiro e não dependente, e as contribuições poderiam ser devolvidas mesmo no caso do trabalhador não ter completado o período de 10 anos necessário para o recebimento da pensão, conforme Heloísa Hernandez Derzi (Revista de Direito Social nº 12, p. 55, 2003).

Na data de 29 de junho de 1933, através do Decreto nº 22.872, foi criado o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos (IAPM), o qual não era mais estruturado por empresas, mas sim por categorias profissionais.

Na Lei Orgânica da Previdência Social de 1960, a conhecida LOPS, deveria comprovar-se a existência de doze contribuições mensais feitas pelo falecido a fim de justificar o direito à pensão por morte.

Atualmente não é exigida uma quantia mínima de contribuição do falecido, mas sim, a demonstração de sua filiação ao INSS, ou seja, sua qualidade de segurado. E conforme preconiza Miguel Junior Horvath (Direito Previdenciário p. 156) "Beneficiário é toda a pessoa protegida pelo sistema previdenciário, seja na qualidade de segurado ou dependente. Os beneficiários são os sujeitos ativos das prestações previdenciárias".

O benefício trazia como beneficiários apenas as viúvas ou viúvos inválidos, os filhos e pais e irmãs enquanto solteiras, na ordem de sucessão legal. No artigo 33, parágrafo único da referida lei, curiosamente enquanto a lei mencionava que tanto a viúva como o viúvo inválido teriam direito ao benefício, apenas para a viúva do sexo feminino negava-se expressamente o direito ao benefício no caso do divórcio.

Havia também uma explícita proteção às herdeiras do sexo feminino, uma vez que na nesta época era justificado esse tratamento diferenciado, visto que, as mulheres encontravam bastante dificuldades ao adentrar no mercado de trabalho sendo abertamente discriminadas pela legislação.

Foi só a partir do Decreto n. 26.778/49 que a legislação trouxe em seu rol a esposa como beneficiária da pensão por morte, independente da invalidez, supondo-se assim uma dependência em relação ao esposo *de cujus*.

A Lei Orgânica da Previdência social (Lei n. 3.807/60), que passou a vigorar com algumas alterações introduzidas na Lei 5.890/1973, trouxe um rol de dependentes que a legislação visa proteger, pois estes não teriam condições de manterem-se a si.

Aplicando-se assim o princípio da seletividade e distributividade, privilegiando situações de maior necessidade social e limitando os benefícios aos que dele tem maior necessidade, a fim de não comprometer o atendimento dos primeiros.

O Decreto-lei nº 72, de 21-11-1966, veio para unificar os institutos de aposentadorias e pensões, e como consequência, a organização previdenciária ficou



centralizada no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), sendo implantado em 02 de janeiro de 1967.

Após, com a Lei nº 6.439 de 1º de julho de 1977, foi instituído o SIMPAS (Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social) no intuito de reorganizar a Previdência Social.

Foi apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 que se determinou a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, passando os homens também a serem dependentes da pensão por morte. Vemos seu reflexo na Lei n. 8.213/91 a qual inclui entre outros dependentes o cônjuge ou companheiro independente de sexo, juntamente com algumas alterações disposto na Lei 13.135/15.

Com a criação da Lei nº 8.029 de 12 abril de 1990, e do Decreto nº 99.350, de 27 de junho de 1990, foi criado o INSS (Instituto Nacional de Seguro Social), autarquia federal vinculada ao então Ministério do Trabalho e Previdência Social, derivado da fusão do IAPAS (Instituto de Administração Financeira da Previdência Social) com o INPS (Instituto Nacional da Previdência Social).

### **3. UNIÃO ESTÁVEL**

O marco importante do reconhecimento da união estável foi somente após a promulgação da Carta Política de 1988, os primeiros passos dados para esse reconhecimento da união livre como entidade familiar e, a partir desse marco político, houve abundância de leis para regulamentar os direitos dos parceiros que conviviam sob união estável, pois foi ignorada pelo Direito por muito tempo. Em tempos remotos, dar esses direitos para pessoas não casadas era desconceituar o casamento.

Entretanto, satisfatoriamente, este pensamento veio a mudar. Pois a primeira vez que a união estável foi reconhecida pelo Direito brasileiro ocorreu no ano de 1964, com o surgimento da súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal, que dispõem: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre as concubinas, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. "

A constituição federal, no seu artigo 226, assim define a união estável "§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O Decreto 3048/99, em seu artigo 16, III, §§ 5º e 6º, que dispõem: "Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que mantenha união estável com o segurado ou segurada." e,

*"§ Considera-se união estável aquela configurada na convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com intenção de constituição de família, observado o § 1º do art. 1.723 do Código Civil, instituído pela Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. "*

Desta forma, apesar da repulsa social ao decorrer da história, o reconhecimento da União Estável, sempre esteve presente como um fato social e hoje é reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico.

#### **4 - OS REQUISITOS PROCESSUAIS DA UNIÃO ESTÁVEL PARA COMPROVAÇÃO DA PENSÃO POR MORTE.**

Os requisitos necessários para a concessão da Pensão por Morte encontram-se descritos na Lei de Benefício 8.213/91, no Decreto 3.048/99 e na Instrução Normativa – IN/ 77 da Previdência Social, sendo necessário no mínimo três, dentre as exemplificadas abaixo:

*3º - Para comprovação do vínculo e da dependência econômica, conforme o caso, devem ser apresentados no mínimo três dos seguintes documentos:*

*I - Certidão de nascimento de filho havido em comum;*

*II - Certidão de casamento religioso;*

*III- declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;*

*IV - Disposições testamentárias;*

*VI - Declaração especial feita perante tabelião;*

*VII - prova de mesmo domicílio;*

*VIII - prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;*

*IX - Procuração ou fiança reciprocamente outorgada;*

*X - Conta bancária conjunta;*

*XI - registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado;*

*XII - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;*

*XIII- apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;*

*XIV - ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável;*

*XV - Escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome de dependente;*

*XVI - declaração de não emancipação do dependente menor de vinte e um anos; ou XVII - quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar.*

Outra fundamentação que foi adotada pelo o INSS para justificar a necessidade de três provas documentais para se comprovar a união estável está descrito no artigo 135 da Instrução Normativa nº 77/2015 do INSS, cujo teor é transcrição exata dos incisos do § 3º do artigo 22 do Decreto 3.048/99.

Á visto deste meio de comprovação que é disposto do § 3º do artigo 22, que se certifica que nele existe a exigência de prova da dependência econômica e não da união estável, uma vez que a dependência econômica do companheiro ela é presumida, não é lógico utilizar o mesmo critério que é utilizado na dependência econômica para a união estável, de requerer três documentos como comprovação, os Tribunais, devidamente vêm dispensando tal exigibilidade administrativa para concessão da pensão por morte em caso de União Estável, vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO. BÓIA-FRIA. QUALIDADE DE DEPENDENTE. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. BENEFÍCIO DEVIDO. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. DIFERIDOS. TUTELA ESPECÍFICA. ... 4. A união estável pode ser demonstrada por testemunhos idôneos e coerentes, informando a existência da relação more uxório. A Lei nº 8.213/91 apenas exige início de

prova material para a comprovação de tempo de serviço. ... (TRF4, REOAC 0004075-50.2016.404.9999, SEXTA TURMA, Relatora V NIA HACK DE ALMEIDA, D.E. 11/10/2016,)

Do mesmo modo, conforme o entendimento da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), diante da constatação de dificuldade dos dependentes do segurado em comprovar a União Estável através de três documentos, editou a súmula nº 63 da TNU, vejamos:

*Enunciado n. 63. A comprovação de união estável para efeito de concessão de pensão por morte prescinde de início de prova material.*

Verifica-se na prática previdenciária que os requisitos que mais geram controversas na ocasião do pedido da Pensão por Morte, são a comprovação da qualidade de segurado e na comprovação da dependência da companheira ou companheiro no caso de união estável, ocorre que a exigência de três provas documentais é ilegal.

Em primeiro momento a justificativa da exigência de três documentos com base no § 3º do artigo 22 do Decreto 3.048/99, sendo o mesmo uma regra inferior à Constituição Federal e ao Código Civil, assim como está abaixo da Lei de Benefícios 8.213/91, que estabelecer regras que não constam nestes regulamentos legais. Pois cabe apenas e tão somente ao Decreto esclarecer e viabilizar a aplicação da lei e não criar restrições inexistentes, uma vez que não existe regra específica na lei exigindo provas para a união estável.

Na prática, para a concessão da Pensão por Morte da Companheira ou Companheiro se faz necessário a comprovação da união e coabitação, a relação de convivência, sendo a dependência econômica presumida, mesmo caso de comparação aos demais beneficiários do inciso I do art. 16 da lei 8.213/99, não é lógico utilizar o mesmo critério que é utilizado na dependência econômica para a união estável, sendo assim, esse fundamento utilizado pelo o INSS para exigir e complicar a concessão da pensão por morte é completamente ilegal.

A dependência econômica no caso de cônjuge, companheira ou companheiro deve ser interpretada como absoluta, nos termos do art. 16, parágrafo 4 da Lei de Benefícios.

*§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.*

No entanto, na prática, a prova mais utilizada, para demonstração administrativa ou judicial para reconhecimento de união estável é a testemunhal, pessoas que podem afirmar que os companheiros se apresentavam como família perante a sociedade.

Ocorre que, o reconhecimento da união estável para fins de concessão de pensão por morte passa a ser mais restrita em razão da Medida Provisória nº 871/2019 que inseriu o § 5º ao art. 16 da Lei nº 8.213/91, com o seguinte teor:

*“A prova de união estável e de dependência econômica exigem início de prova material contemporânea dos fatos, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior e ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento”.*

A Medida Provisória 871/2019 tem como a execução da comprovação da União Estável para os dependentes que pleiteiam a concessão da pensão por morte, pois agora passa a existir uma prova documental contemporânea dos fatos, não sendo mais necessário é suficiente a prova exclusivamente testemunhal.

Sem dúvida, a referida medida provisória tentou implementar um impedimento para concessão do benefício de pensão por morte para casais que vivem em união estável. Sendo que para o Judiciário, vem prevalecendo o entendimento de que a demonstração e comprovação da união estável e da dependência econômica de quando se é exigida pode estar sendo feita por qualquer meio de provas, que esteja previsto em lei ou moralmente legítimo, o que deveria ser correto e justo.

## **5- AS CLASSIFICAÇÕES DOS MEIOS DE PROVAS DOCUMENTAIS PARA O MEIO PREVIDENCIÁRIO E SUAS PRÁTICAS PROCESSUAIS**

Os benefícios previdenciários podem ser concedidos aos seus dependentes pelo INSS, através de requerimento administrativo, desde que sejam cumpridos os requisitos exigidos. No entanto, inúmeras vezes os benefícios previdenciários são negados, com fundamento na falta de provas para a sua concessão.

Uma questão muito importante quando se fala nos beneficiários da pensão por morte é a sua classificação em três classes: dependente de classe I, de classe II e de classe III. Essa classificação segue exatamente a numeração dos incisos do artigo 16º da Lei nº 8.213/91

Essa divisão dos dependentes em três grupos diferentes justifica-se a Lei de nº 8.231/91 que estabelece uma hierarquia ou uma ordem de preferência entre a classe. Segundo a artigo 16 § 1º, da Lei de Benefício, a existência de dependente de qualquer das classes exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

A exclusão de uma das classes superior por uma inferior é definitiva. Assim, se a pensão por morte foi concedida para um dependente da classe I, jamais será possível que esse benefício seja revertido para classe II ou até mesmo a classe III, mesmo na hipótese de óbito do titular.

#### 5.1 - TEMPO DE DURAÇÃO DA PENSÃO POR MORTE NA CASO DE UNIÃO ESTÁVEL

A alteração da Lei 8.213/91 pela lei de nº 13.135/15 que envolve a sistemática de manutenção da pensão por morte, com a previsão de tempo máximo de duração do benefício, conforme disposto do artigo 77º § 2º ao § 2 –B, desta lei que cessará o direito à percepção da cota individual.

Para a companheira (o), a pensão por morte cessará depois de quatro meses. Se o óbito ocorrer sem que o segurado (a) tenha vertido dezoito contribuições mensais.

Já o segurando (a) que obtinha menos de dezoito contribuições da data do óbito, porém seu cônjuge ou companheira (o) é inválido ou possua deficiência, neste caso, o benefício será mantido até a cessação da invalidez ou até o afastamento da deficiência, sendo o período de quatro meses o tempo mínimo de duração do benefício.

O tempo mínimo de contribuição e diferente de carência, pois considera-se a carência o período de cotização indispensável para que o benefício faça jus a determinada prestação.

#### 5.2 - DOCUMENTOS NECESSARIOS PARA SOLICITAR O BENEFICIO DA PENSÃO POR MORTE.

Para que o depende tenha o acesso ao benefício de Pensão por Morte e necessário o seguinte requisitos essenciais sendo eles:

- *Comprovar o óbito ou morte presumida do segurado;*
- *Demonstrar a qualidade de segurado do falecido na hora de seu falecimento;*
- *Ter qualidade de dependente do segurado falecido.*



Para que ocorra a comprovação do óbito do segurado, o dependente deve juntar ao requerimento de Pensão por morte o Atestado de Óbito do segurado. Sendo que neste documento deverá constar o dia extado e a causa da morte do segurado, seus dados pessoais, se a pessoal deixou filhos ou cônjuges ou companheiro (a). Qualidade de segurado do falecido.

Para cumprir a qualidade de segurado do falecido, basta demonstrar que o segurado falecido estava trabalhando ou estava em período de graça na hora de sua morte.

Devendo juntar o CNIS e/ou a Carteira de Trabalho. O período de graça é o tempo que o segurado ainda possui qualidade de segurado após ter parado de contribuir para o INSS.

Se o segurado perdeu a qualidade de segurado no momento de sua morte, mas já havia reunido os requisitos para se aposentar, os dependentes terão direito a Pensão por Morte, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O procedimento de comprovação dos documentos necessários acontece por meio de um agendamento, no Portal Meu INSS. Na sequência, será preciso comparecer a uma unidade do instituto INSS presencialmente portando os seguintes documentos:

- *Certidão de óbito ou documento que comprove a morte presumida*
- *Nos casos em que a morte ocorreu por causa de acidente de trabalho, deve ser apresentada a Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT).*
- *Documentos que atestem a condição de dependente da pessoa que pede o benefício, como certidão de nascimento (para filhos menores de 21 anos), certidão de casamento (cônjuges e companheiros), conta bancária conjunta (para pais e irmãos dependentes), entre outros.*
- *Documentos pessoais com foto do dependente e do segurado que morreu, como RG*
- *Carteira de trabalho, carnê de recolhimento de contribuição ou outro documento que comprove a relação com o INSS*
- *Se o benefício for pedido por meio de um representante ou procurador, é preciso apresentar a procuração ou termo de representação legal, além de documento de identificação com foto e CPF do procurador ou representante.*

Para cada espécie de benefício previdenciário o Instituto Nacional da Seguridade Social exige a apresentação de determinada documentação, visando o preenchimento dos requisitos legais para a sua concessão.

### 5.3 - PROVA DOCUMENTAL

Consoante ao mestre de João Roberto Parizatto (2003), a prova documental é uma das mais importantes no processo, posto que não se altera depois de realizada e materializada por escrito. Fundada em documento redigido, no qual consta a existência de determinado fato, faz prova hábil em juízo, muitas vezes suficiente à realização de uma questão discutida.

Não obstante a inexistência de hierarquia em matéria probatória, tem-se que a prova documental possui destaque no contexto probatório pela maneira como se apresenta.

Deveras, documento é, portanto, o que está escrito concernente a um ato ou fato; e uma prova escrita admissível em juízo tendente a se provar determinada alegação da parte (PARIZATTO, 2003). Ou ainda, é prova histórica real consistente na representação física de um fato. O elemento de convicção decorre, assim, na prova documental, da representação exterior e concreta do *factum probandum* em algo (MARQUES, 1962).

### 5.4 - PROVA PERICIAL

A Perícia é uma vistoria técnica, um exame ou vistoria de caráter técnico e especializado, ou ainda, o basicamente feito por perito. Deste modo, a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. Por meio da perícia se verifica tecnicamente determinada situação denunciada nos autos como no processo previdenciário administrativo ou judicial, inclusive o próprio fato que originou a ação judicial.

Há diversas espécies de perícia, tais como a judicial, administrativa, extrajudicial, arbitral e Inter profissional.

Na verdade, a prova pericial encontra-se regida pelas disposições gerais dos artigos 420 a 439 do Código de Processo Civil, as quais se aplicam para fins processuais previdenciários caso se constate necessidade de produção de prova pericial. Na prática previdenciária a prova pericial é presentemente exigida nos casos de concessão de benefício previdenciário vinculado à incapacidade laboral, como por exemplo, a aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente, auxílio-doença, renda mensal vitalícia, concessão já extinta, benefício assistencial a pessoa portadora de deficiência, ou ainda, pensão por morte de segurado para filha maior inválida. Nessas

situações, tal prova ocorre, indubitavelmente, pela via da realização da prova pericial desenvolvida por profissional da área médica.

#### 5.5 - PROVAS NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO

*O art. 332, do CPC, estabelece que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa".*

Diante do caráter protetivo e contributivo trazido aos trabalhadores pela legislação previdenciária, admite-se também, todo tipo de prova, seja testemunhal, material, pericial em busca do deferimento do benefício ora pretendido.

Para a concessão desse benefício, importante mencionar que o segurado deve, previamente, pleitear seu benefício administrativamente. Não havendo, portanto, a necessidade de esgotar a via administrativa.

Com base no citado artigo, sob uma ótica meramente processual, admite-se a prova unicamente testemunhal pelo fato de que, em nosso ordenamento jurídico, não há hierarquização da prova material sobre testemunhal.

Ainda, quanto ao processo previdenciário, o Dr. Marco Aurélio Serau Junior (BACHUR; VIEIRA, p. 6) leciona que "Notadamente na esfera judicial previdenciária, em que se lida com a concessão de prestações e benefícios previdenciários, que condensam direitos fundamentais qualificados como sociais, a utilização daquela modalidade de prova testemunhal merece guarida pelo fato de que fortalece os próprios direitos fundamentais".

#### 5.6 - REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E PROCEDIMENTOS JUDICIAIS

A legislação não apresenta dispositivo quanto a necessidade de se extenuar a via administrativa para, então, pleitear o benefício previdenciário na esfera judicial.

Marcos de Queiroz Ramalho (2006), por sua vez defende que deveria, sim, primeiro, proceder ao requerimento administrativo e, somente após recorrer ao Judiciário, se o pedido fosse indeferido administrativamente. Pois não significa, porém, que seja necessário esgotar todas as vias administrativas, como o recurso à Junta de Recurso ou à Câmara de Julgamento. No que diz a sumula do TRF4, que: "Em matéria administrativa, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação".

A despeito de que os Tribunais têm se posicionado no sentido de ser desnecessário o requerimento administrativo, constatar a sua importância quando da fixação da data do início de benefício na esfera judicial. Nas atuais decisões, quando inexistente requerimento administrativo, deve ser a data do início do benefício fixada na data da citação do INSS.

Para requerimento do benefício no âmbito judicial, é necessário se faz instruir a exordial com cópias do processo administrativo, bem como outros documentos possíveis que possam caracterizar o direito pleiteado.

Caso o beneficiário obtenha o indeferimento do seu requerimento que tenha ocorrido por não comprovação de dependência econômica, de pais ou de companheira (o), a apresentação de um único documento, que constitua indício de prova material, possibilitará ao magistrado formar juízo de convicção e, conseqüentemente, conceder uma antecipação de tutela.

Também é indispensável o rol de testemunhas no âmbito judicial, visto que as decisões judiciais, geralmente, estão embasadas em oitiva de testemunhas.

Quanto à competência para a obtenção do benefício, considerando que o Instituto Nacional de Seguro Social – INSS é uma autarquia federal, incide a regra do inciso I, art. 109 da CF que dispõem: Aos juízes federais compete processar e julgar:

*I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.*

Caso a comarca não seja sede de vara do juízo federal, a ação será encaminhada e processada e julgada na Justiça Estadual, conforme o

*art. 109/CF § 3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal*

A ação poderá ser proposta a qualquer tempo, prescrevendo somente as prestações exigíveis há mais de 5 (cinco) anos.

## **6. CONCLUSÃO**

Como fundamento no Decreto nº 3.048/99, do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, que estabelece várias regras, sendo um deles o procedimento para a concessão administrativa dos benefícios previdenciários aos segurados e dependentes. No entanto, em determinadas situações, devido às circunstâncias do caso concreto, inúmeros os benefícios são negados com fundamento na ausência de provas hábeis para sustentar a pretensão dos dependentes sendo eles seu companheiro (a) de comprovar a existência da união estável.

A autarquia do INSS, embora amparada em Decreto plenamente vigente, ainda carece de instrumentos, bem como de legislação apropriada para enfrentar determinadas situações, as quais restam solucionadas, equivocadamente, no âmbito administrativo por intermédio de uma interpretação restritiva da legislação do INSS.

O Poder Judiciário quando acionado para julgar pretensões previdenciárias, não deve se apegar a interpretações restritivas da legislação previdenciária, mas proporcionar ao dependente a ampla produção probatória desde que seja útil para o deslinde da questão.

O dependente ao receber o indeferimento administrativo do seu requerimento de comprovação da união estável, apesar de nos dias atuais o instituto da união estável estar amplamente reconhecido dentro de nosso ordenamento jurídico brasileiro, ainda assim, quando se trata de requerer esse benefício previdenciário, a produção da prova da convivência ainda se mostra dificultosa, tendo assim, que comprovar pelo mesmo três documentos, previsto da legislação do INSS, em regra recorre ao Judiciário, o qual ao analisar o requerimento, com fundamento no princípio do contraditório e da ampla defesa, possibilita ao dependente a ampla produção de prova, desde que seja lícita e cabível para o deslinde do processo, ao contrário do que ocorre perante o requerimento administrativo do INSS.

O direito processual previdenciário, devido as suas particularidades, possibilita ao dependente a produção probatória que lhe restou colhida no âmbito administrativo, o qual deverá sustentar a sua pretensão inicial, seja pela produção de prova testemunhal, documental, ou pericial, conforme descrito no artigo.

Neste sentido, o dependente não tendo o êxito perante o INSS com fundamento em produção probatória deficiente ou interpretação restritiva, deve recorrer ao Poder Judiciário, onde o leque probatório enseja maiores possibilidades de comprovar que preenche os requisitos para que possa se comprovada a união estável postulado do companheiro (a) do falecido para o benefício previdenciário.

## **REFERÊNCIAL BIBLIOGRÁFICO**

RAMALHO, Marcos de Queiroz. **A Pensão por Morte no Regime Geral de Previdência Social**. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. **Lei n. 8.213/91, de 24 de julho de 1991**, Arts. 74 e 78.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. In: Vade Mecum. 19. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências.

GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. **Apostila organizada de Direito Previdenciário: Benefícios**. Disponível em: [http://www.jurisite.com.br/apostilas/direito\\_previdenciario.pdf](http://www.jurisite.com.br/apostilas/direito_previdenciario.pdf). Acesso: 20 mar 2020.

PARIZATTO, João Roberto. **Da prova no processo civil**. Ouro Fino: Edipa – Editora Parizatto, 2003.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MUSSI, Cristiane Miziara. **Provas no processo de benefício previdenciário**. Disponível em <http://jus.com.br/imprimir/8272/provas-no-processo-de-beneficio-previdenciario>. Acesso: 13 mai 2020.



## **A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL RURAL EM ÁREA INFERIOR AO MÓDULO DE PROPRIEDADE RURAL**

**LAURA MARIA CAMARGO DE SOUZA:**

Bacharelanda do curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo - Palmas TO.

**KELLY NOGUEIRA DA SILVA**

**(orientadora)**

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo estudar a possibilidade de incidência do usucapião em áreas inferiores ao módulo de propriedade rural, adotando o método científico dedutivo na apreciação do tema com objetivo a verificar a possibilidade ou não a aplicação do Usucapião em áreas inferiores ao módulo rural de propriedade. Após minucioso estudo sobre o assunto, poderemos concluir se será possível pela procedência do Usucapião Especial Rural quanto pela aplicação da norma maior, que é a Constituição Federal. Considerando ainda que o módulo rural é indivisível sob o argumento que a sua divisão estaria proliferando a criação de minifúndios, existem vários posicionamento a favor de uma divisibilidade, pois se o usucapiente está em uma área inferior ao módulo por mais de 05 anos, estará ele então cumprindo com a função social e trazendo benefícios para o progresso social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Usucapião, módulo rural, propriedade familiar.

**ABSTRACT:** The present work has as objective studies the possibility of incidence of the usucaption in areas inferior to the module of rural property, adopting the deductive scientific method in the appreciation of the subject to be come to the conclusion it is possible to be or not the application of the usucaption in areas inferior to the rural module of property. After thorough study on the subject, we will be able to conclude if there will be possible for the origin of the Rural Special Usucaption all that for the application of the biggest standard, which is the Federal Constitution. Thinking still that the rural module is indivisible under the argument that his division would be proliferating the creation of little farms, there are several positioning on behalf of a divisibility, so if the little farmer is in an area inferior to the module for more than 5 years, he will be then being necessary with the social function and bringing benefits to the social progress.

**KEYWORDS:** Usucaption, rural module, familiar property.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Evolução histórica do usucapião. 3. Conceito e espécies. 3.1. Conceito. 3.2. Espécies de usucapião. 3.2.1. Usucapião extraordinário. 3.2.2. Usucapião ordinário. 3.2.3. Usucapião coletivo. 3.2.4. Usucapião familiar. 3.2.5. Usucapião extrajudicial. 3.2.6. Usucapião constitucional ou especial urbano e rural. 3.2.6.1. Usucapião constitucional urbano. 3.2.6.2. usucapião constitucional rural. 4. Espécies de usucapião constitucional rural. 4.1. Usucapião especial agrário estatutário. 4.2. Usucapião especial indígena. 4.3. Usucapião especial agrário. 4.3.1. Usucapião constitucional rural. 5. Módulo de propriedade rural. 5.1. Quantificação do módulo rural de propriedade. 5.2. Requisitos de existência de um modulo rural de propriedade. 5.3. Características do módulo rural. 5.4. O modulo rural e sua tributação. 5.5. Módulos rurais e a função social. 5.6. Princípios da função social da propriedade. 5.7. Princípio da melhor distribuição de terra. 5.8. Princípio da justiça social. 6. Imóvel rural. 6.1. Propriedade familiar. 6.2. Minifúndio. 6.3. Latifúndio. 7. Usucapião constitucional rural em áreas inferiores ao módulo rural. 8. Considerações finais. 9. Referências.

## **1 - INTRODUÇÃO**

O objetivo deste trabalho consiste em comentar a aplicação do instituto do usucapião, mediante os institutos legais, analisando o assunto para que este sirva para dar início a outras pesquisas sobre o tema.

O Usucapião é a aquisição do domínio pela posse prolongada, na forma da lei, tendo como objetivo acabar com a incerteza da propriedade, assim como assegurar a paz social pelo reconhecimento da propriedade com relação àquela pessoa que de longa data é o seu possuidor.

O maior objetivo ao escrever sobre o usucapião pro labore se deve a necessidade da complementação do estudo em razão do seu uso, para que esta pesquisa se torne útil e de fácil compreensão, tornando-se inclusive eficiente por aqueles que desconhecem as razões de sua formação.

A escolha do tema foi fruto de intensa reflexão, por ser um tema de bastante relevância, no entanto em tanto é pouco explorado na vida acadêmica e tem fundamental importância na vida profissional em virtude do seu valor, pois esta modalidade assegura a classe dos pequenos agricultores, sendo que estes que atendem as funções sociais, dando finalidade ao significado de propriedade rural, sustentando a agricultura familiar.

Será verificada a possibilidade de incidir o usucapião pro labore sobre área inferior ao modulo rural, que não é permitido pelo estatuto da Terra em seu artigo

65 juntamente com a lei 6969-81, mas ficou em branco no artigo 191 da Constituição Federal de 1988 onde restringe e também não proíbe.

Neste trabalho será usado o método dedutivo, abordando acepções gerais para chegar a conclusões particulares.

A técnica da pesquisa a ser adotada será a bibliografia, haja vista que os dados a serem analisados estão nas doutrinas, jurisprudências, além de informações extraídas de revistas, livros, artigos publicados e site, para chegar a um entendimento mais amplo e complexo a respeito do Usucapião especial rural e o Módulo de Propriedade Rural.

## **2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO USUCAPIÃO**

As raízes históricas do usucapião se encontram no Direito Romano, mais precisamente na Lei das XII Tábuas. "*Os prazos para usucapir nessa época de acordo com a Lei das Doze Tábuas, eram de dois anos para bens imóveis e um ano para bens móveis e outros direitos*", (ARVANITIS, 2014).

O usucapião era aplicado com o objetivo de certificar vícios de legitimação, desde que estivessem presentes a boa-fé do possuidor, entre outros inúmeros requisitos que abrangiam a transmissão de bens.

Com o decorrer do tempo o possuidor passou a ter direito a uma espécie de prescrição, como forma de exceção, que serviria como defesa contra ações reivindicatórias. Assim, o prazo para adquirir um bem em virtude da posse prolongada passou a ser de 10 e 20 anos.

Segundo Pedro Nunes (2000, p. 14) "*Justiniano fundiu num só instituto o usucapião primitivo e a prescrição de longo tempo, denominando-lhe usucapio.*"

Atualmente a Carta Magna traz duas espécies de usucapião, urbano artigo 183 e rural artigo 191.

Está presente no ordenamento jurídico brasileiro a aquisição da propriedade por decurso de tempo no Livro do Direito das Coisas do Código Civil de 2002 entre os artigos 1238 e 1244. Este cita nos artigos 1238 e 1242 duas espécies de usucapião, o usucapião ordinário e extraordinário. Vale ressaltar, que tais modalidades de aquisição da propriedade por decurso de tempo já estavam previstas no Código Civil de 1916. A terceira modalidade de usucapião está prevista no artigo 191 da Constituição da República Federativa e na Lei nº 6.969/1981, e é intitulada como usucapião rural especial.

Encontra-se também o usucapião urbano especial que foi introduzido no ordenamento jurídico pelo artigo 183 da Carta Magna, e está regulamentado pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001). O Usucapião Familiar é uma modalidade de usucapião, que tem recebido diversos nomes, como usucapião conjugal, usucapião pró-família, ou usucapião por abandono do lar e está previsto no o art. 1.240-A do Código Civil, inserido pela lei 12.424/11. Por fim, a modalidade de usucapião extrajudicial ocorre em virtude de o procedimento ser realizado em cartório. Essa modalidade surgiu através do artigo 1.071 no Novo Código de Processo Civil que acrescentou à Lei de Registros Públicos 6.015/73 o artigo 216-A que disciplina o tema.

### **3 – CONCEITO E ESPÉCIES**

#### **3.1 - CONCEITO**

O usucapião é um direito do indivíduo em relação à posse de um bem móvel ou imóvel em virtude do uso do bem por determinado tempo, sendo ele contínuo e incontestadamente. No caso de imóvel, qualquer bem não sendo público pode ser adquirido através do usucapião.

Segundo Maria Helena Diniz (2002, p. 144):

A posse é o fato objetivo, e o tempo, a força que opera a transformação do fato em direito... O fundamento desse instituto é garantir a estabilidade e segurança da propriedade, fixando um prazo, além do qual não se podem mais levantar dúvidas ou contestações a respeito e sanar a ausência de título do possuidor, bem como os vícios intrínsecos do título que esse mesmo possuidor, porventura, tiver.

A expressão usucapião deriva do latim *usucapio*, de *usucapere*, que significa, tomar ou adquirir algo pelo uso, e pode ser usada no gênero masculino, como fez o Código Civil de 1916, ou no gênero feminino como no Código Civil de 2002, sendo autorizadas as duas formas do vocabulário.

#### **3.2 - ESPÉCIES DE USUCAPIÃO**

##### **3.2.1 - USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO**

No usucapião extraordinário, a combinação dos elementos dispensa que o possuidor apresente justo título e que esteja imbuído de boa-fé, uma vez que, a presença deles é presumida. Está prevista no art. 1.238 do Código Civil Brasileiro.

### 3.2.2 - USUCAPIÃO ORDINÁRIO

O usucapião ordinário está previsto no artigo 1.242 do Código Civil Brasileiro. O mesmo possui requisitos idênticos aos do usucapião extraordinário, contudo são estendidos ainda a necessidade de justo título e boa-fé.

### 3.2.3 - USUCAPIÃO COLETIVO

Citada no art. 10 do Estatuto da Cidade, essa espécie tem como hipótese a situação de uma área ocupada por população de baixa renda, que pode ser usucapida, no prazo de cinco anos, desde que os possuidores não sejam proprietários de outros imóveis, rurais ou urbanos e ainda que a referida área ultrapasse os 250m<sup>2</sup>.

### 3.2.4 - USUCAPIÃO FAMILIAR

Criado no Brasil pela Lei nº 12.424/2011, o usucapião familiar é uma espécie de aquisição da propriedade que foi incluído no Código Civil Brasileiro no artigo 1.240-A, prevendo que aquele que exercer por dois anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano próprio de até duzentos e cinquenta metros quadrados, cuja propriedade dividia com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, terá adquirido o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

### 3.2.5 - USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

O usucapião extrajudicial, processa-se perante o Registro de Imóveis e tem caráter opcional ao jurisdicionado. É uma das grandes novidades da nova lei processual civil e foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por força do artigo 1.071 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que acrescentou o artigo 216-A ao texto da Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), significando a adoção do paradigma de desjudicialização de procedimentos inaugurado pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

### 3.2.6 - USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL OU ESPECIAL URBANA E RURAL

A Constituição Federal de 1988 trouxe outras duas espécies de usucapião, a constitucional urbana e a constitucional rural.

#### 3.2.6.1 - USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL URBANO

O usucapião especial urbano está previsto na Constituição Federal em seu artigo 38 e no Código Civil Brasileiro no artigo 1.240. Este pode ser denominado de *usucapião pro moradia* ou *usucapião pro misero*, uma vez que transforma, em propriedade, a posse do possuidor que não tiver qualquer outro imóvel, rural ou urbano, para fins de habitação.

Nesta modalidade não se avalia se o possuidor age de boa-fé ou a existência do justo título, mas apenas se os requisitos citados estão presentes no caso concreto.

### 3.2.6.2 - USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL RURAL

Também conhecido como usucapião pro labore, o usucapião especial rural pode ser requerido por aquele que possui terra não superior a 50 hectares, por um prazo ininterrupto de 5 anos sem oposição, que tenha tornado esta produtiva e seja sua moradia e não podendo o usucapiente ser proprietário de imóvel algum.

Esta modalidade será abordada de uma forma minuciosa nos próximos tópicos deste presente trabalho.

## 4 - ESPÉCIES DE USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL RURAL

Na legislação brasileira e no ordenamento jurídico constata-se um grande número de espécies de usucapião constitucional rural, assim como a lei específica, o código civil, a Constituição Federal, entre outras normas que serão relatadas a seguir:

### 4.1 - Usucapião Especial Agrário Estatutário

Conhecido como usucapião especial agrário, acrescido da expressão "estatutário" para não haver confusão com a espécie regulada pela Lei n.º 6.969/81. É regulado pelo artigo 98 da Lei n.º 4.504/64, mais conhecida como Estatuto da Terra. Esta espécie de usucapião não está em vigor desde a chegada da Lei n.º 6.969/81, pois a referida lei e o artigo 98 do Estatuto da Terra são incompatíveis entre si.

### 4.2 - Usucapião Especial Indígena

Regulamentado pela Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973, mais especificamente no seu artigo 33, o usucapião indígena tem como requisitos: que o requerente seja índio, estando integrado ou não; que ocupe a área de terra como sendo sua; que a área inferior a cinquenta hectares; que a posse seja de no mínimo 10 anos consecutivos.

### 4.3 - Usucapião especial agrário



Disciplinado pela Lei n.º 6.969, de 10 de dezembro de 1981. De acordo com o artigo 1º, tem direito a requerer o usucapião especial agrário:

Art. 1º - Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente de 25 (vinte e cinco) hectares, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.

Parágrafo único. Prevalecerá à área do módulo rural aplicável à espécie, na forma da legislação específica, se aquele for superior a 25 (vinte e cinco) hectares.

Miguel Castro do Nascimento cita em sua obra a diferença do usucapião especial agrário estatutário do usucapião especial agrário (1992, p. 131):

Os elementos caracterizantes do usucapião do Estatuto da Terra, excluído o tempo de posse, são os mesmos configuradores do usucapião da Lei 6.969/81. A acentuada diferença está no prazo da lei; no primeiro, decenal; no segundo, quinquenal. Ora, com esta visão, a relação dominical se aperfeiçoa no quinto ano. Assim, quando se completarem os dez anos, o usucapiante já é proprietário há cinco anos. Daí a incompatibilidade entre eles e a revogação do artigo 98 em enfoque.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o artigo 1.º da Lei n.º 6.969/81 deixou de vigorar, sendo substituído pelo artigo 191 da Constituição Federal. Isso não quer dizer que toda a referida lei foi revogada. Entende-se que a Lei n.º 6.969/81 vige na sua totalidade no tocante às normas processuais.

#### 4.3.1 – Usucapião Constitucional Rural

Também chamado de “especial” ou “pro labore”. O usucapião constitucional rural é regulamentado pelo artigo 191 da Constituição Federal e pelo o Código civil de 2002 em seu artigo 1239, onde foi adotada a mesma leitura da Carta Mágnica:

Art. 191 - Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem

oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Para adquirir o domínio de certa área pelos meios do usucapião constitucional rural, o usucapiente deverá atender todos os requisitos citados acima do artigo 191 da Constituição Federal.

## **5 - MÓDULO DE PROPRIEDADE RURAL**

O Módulo Rural de Propriedade está disciplinado no Estatuto da Terra e passou a vigorar através da lei 4504 de 30 de Novembro de 1964, onde a sua definição está expressa no artigo 4º, inciso III do Estatuto da Terra, que assim está redigido:

Artigo 4: Para os efeitos desta lei:

[...]

III- Módulo Rural, a área fixada nos termos do inciso anterior.

O inciso II dispõe:

Propriedade familiar, o imóvel que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, eventualmente trabalhado com ajuda de terceiros.

O INCRA, denomina o Modulo Rural como “fração mínima de parcelamento da terra”. Presume-se então que o Módulo Rural seja suficiente para que uma família possa extrair dali o sustento ou condições de viver, sendo necessário absorver toda a força de trabalho do agricultor e de todos os integrantes de sua família, caracterizando então o função do Módulo Rural, caso em que a ajuda de terceiros deverá ser eventualmente.

Antonino Moura Borges ensina mais sobre o Módulo Rural (2007, p.374):

O módulo rural é definido pelo INCRA, que utiliza os elementos cadastrais fornecidos pelos proprietários ou possuidores de imóveis rurais para fixar o módulo rural de cada região, observando o tipo de exploração realizada.

O Módulo Rural possui tipos de exploração rural definidos pelo INCRA, entre eles, hortigranjeiro, de cultura permanente, de cultura temporária, de exploração pecuária, de exploração florestal ou de exploração indefinida.

## 5.1 - Quantificação do módulo rural de propriedade

Para que seja fixado o tamanho do Módulo Rural não existe um padrão geral, porque ele pode variar segundo a qualidade da terra para fins agricultáveis ou pecuários.

Benedito Ferreira Marques explica como se procede a medida da área do Módulo Rural (2007, p.49):

Tem-se assim, que o Módulo Rural é a medida adotada para o imóvel rural classificado como propriedade familiar. A fixação dessa área – que é feita por órgão competente do governo federal, leva em conta diversos fatores, entre quais o tipo de exploração a que se destina o imóvel, a que se destina o imóvel, a qualidade da terra, a proximidade do centro do consumidor e outros julgados necessários pelo mencionado órgão. Daí dizer que tal medida é variável.

O INCRA através da portaria 50 de 26 de Agosto de 1997 ficou responsável de vistoriar a área a ser fracionada para que proceda a abertura do Módulo Rural, delimitando a área de acordo com seus aspectos geográficos e produtivos.

## 5.2 - Requisitos de existência de um Módulo rural de propriedade

O Módulo Rural de propriedade exige alguns requisitos para a sua existência, devendo esses ser atendido para a configuração do mesmo.

Antonino Moura Borges enumera pela sequência a ser seguida:

- Módulo é uma medida mínima de extensão de área rural para ser utilizada por uma família;

- Esta área deve ser suficiente para absorver toda a mão de obra da família e lhes garantir alcançar um progresso.
- A área fixada varia por cada região.
- Deve ser suficiente pela renda que pode proporcionar a família, inclusive, podendo alcançar o progresso social e econômico.

Vejamos que o requisito principal da criação do Módulo Rural é para que seja utilizado pela família em conjunto, para que configure um módulo, garantindo a substância do imóvel e a sua efetiva produção.

### 5.3 - Características do Módulo rural

As características do módulo rural, apesar de serem bem semelhante com os requisitos, possuem uma diferença na sua aplicação.

Benedito Ferreira Marques (2007, p.50):

I – é uma medida de área

II – a área fixada para a propriedade familiar constitui o módulo rural.

III – varia de acordo com cada região do país onde se situe o imóvel rural.

IV – varia de acordo com o tipo de exploração

V – implica num mínimo de renda a ser obtido, ou seja, o salário mínimo.

VI – a renda deve proporcionar ao agricultor e sua família não apenas a sua subsistência, mas ainda o progresso econômico e social.

As características do Módulo Rural servem para reprimir a criação de minifúndio e conseqüentemente a proliferação do aumento do progresso econômico.

### 5.4 - O Módulo rural e sua tributação

O legislador trouxe o Módulo Fiscal, que foi uma variação da denominação de módulo rural, criada pela Lei 6.746/1979, que deu nova redação aos artigos 49 e 50

do Estatuto da Terra. O Módulo fiscal veio para estabelecer regras para o lançamento do IMPOSTO TERRITORIAL RURAL (ITR).

Antonino Moura Borges explica como se procede ao cálculo do ITR (2007, p.376):

O cálculo do módulo fiscal obedece ao mesmo critério do módulo rural, ou seja, divide a área aproveitável do imóvel rural pelo módulo fiscal fixado para cada local ou município.

Não se deve confundir o Módulo Rural com o Módulo Fiscal, pois o Módulo Fiscal é uma unidade de medida tributária que leva em conta os fatores instituídos pela Lei 6746 de 10 de Dezembro de 1979, considerando os tipo de exploração predominante no município, a renda obtida com a exploração predominante, outras explorações no município que, embora, não predominantes, sejam expressivas em função da renda ou da área utilizada.

## 5.5 - MÓDULOS RURAIS E A FUNÇÃO SOCIAL

Dentro da ótica do direito agrário, é oportuno lembrar que a criação do Módulo Rural veio cristalizar as bases mínimas de desmembramento da propriedade rural.

Antonino Moura Borges diz (2007, p 1016):

O módulo rural serve de princípio indivisibilidade para afastar os objetivos buscados pela função social da propriedade rural, dentre os quais se destaca a preservação da dignidade humana, a qual nada mais é do que elemento que lhe integra.

Como o Módulo Rural veio para atender os anseios dos pequenos produtores rurais, este então deverá atender os requisitos da função social da propriedade.

## 5.6 - PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

É aquele princípio que obriga os proprietários rurais a exercer o *jus proprietatis*, ou seja, explorar a propriedade imóvel rural de modo racional e adequado, com a finalidade de torná-la produtiva, tanto para o próprio bem estar, como de sua família e de seu empregados, conseqüentemente da sociedade, respeitando ainda o meio ambiente e os recursos naturais.

A função social vem elencada no artigo 186 e incisos da Constituição Federal:

Artigo 186: A função social é cumprida quando da propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em Lei, aos seguintes requisitos.

I – aproveitamento racional e adequado.

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores

Em consonância com o artigo citado, tem ainda o artigo 5º, XXIII da Constituição Federal, que versa "*a propriedade atenderá a função social*".

Diante disso, observa-se que a função social esta assegurada pela constituição, sendo uma das opções dos direitos fundamentais, pois uma vez sendo ela um direito fundamental ocorre uma maximização do interesse social.

Logo, a função social veio para dar o significado de propriedade, para que o produtor possa extrair da propriedade o máximo de meios de subsistência, observando a preservação do meio ambiente, bem como aproveitamento de forma adequada e balanceada tudo o que a terra possa te oferecer.

## 5.7 - PRINCÍPIO DA MELHOR DISTRIBUIÇÃO DE TERRA

Antonino Moura Borges, aborda da seguinte maneira (2007, p.65):

Esse princípio tem como finalidade melhor distribuir a propriedade rural para quem quer produzir, ou seja, melhor distribuir e melhor produzir, até porque, a propriedade não pode ser privilégio de cascas, ou objeto de especulação.

Esse princípio tem como fundamento de que no interesse social pode-se tirar a terra das mãos de quem não produz pela desapropriação para concedê-la a quem evidentemente produz.

## 5.8 - princípio da justiça social



Antonino Moura Borges, traz (2007, p. 67):

Esse princípio consiste na obrigação do estado promover as reformas de base na política agrária para proporcionar aos homens do campo mais dignidade pela iniciativa privada, mais cidadania, mais mercado de trabalho, melhor condição de vida com a distribuição de renda, que entre outros, são os fundamentos da ordem econômica e social do país.

A propriedade não se presta a servir só ao dono, porque se destina também servir o fim social.

## **6 – IMÓVEL RURAL**

O Estatuto da Terra preocupou-se em definir, para os efeitos legais, o que é imóvel rural, fazendo nos seguintes termos:

Artigo 4º: Para os efeitos desta lei, definem-se;

I – imóvel rural, o prédio rústico, de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine a exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada.

O imóvel rural é classificado em alguns tipos de propriedade citados abaixo.

### **6.1 - propriedade familiar**

É definido pelo artigo 4.º, inciso II, da Lei n.º 4.504/64 (Estatuto da Terra):

Art. 4º - Para os efeitos desta Lei, definem-se:

II - "Propriedade Familiar", o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalho com a ajuda de terceiros;

A propriedade familiar deverá ter o tamanho do módulo rural fixado pelo INCRA conforme a região e a atividade rural desenvolvida no imóvel rural.

### **6.2 - minifúndio**

A doutrina apresenta vários conceitos de minifúndio, dentre eles está a definição de Benedito Ferreira Marques (2007, p.55):

O minifúndio é o imóvel rural de área e possibilidade inferiores às de Propriedade familiar, conforme está previsto no art. 4º, inc., IV, do Estatuto da Terra.

O Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504/64) define em seu artigo 4.º, inciso IV, o minifúndio como “o imóvel rural de área e possibilidades inferiores às da propriedade familiar”.

### 6.3 - Latifúndio

Existem dois tipos de latifúndio: o latifúndio por extensão (artigo 4.º, V, “a” da Lei n.º 4.504/64) e o latifúndio por exploração (artigo 4.º, V, “b” da Lei n.º 4.504/64).

*V - “Latifúndio”, o imóvel rural que:*

*a) exceda à dimensão máxima fixada na forma do artigo 46, § 1º, “b”, desta Lei, tendo-se em vista as condições ecológicas, sistemas agrícolas regionais e o fim a que se destine;*

*b) não excedendo o limite referido na alínea anterior, e tendo área igual ou superior à dimensão do módulo de propriedade rural, seja mantido inexplorado em relação às possibilidades físicas, econômicas e sociais do meio, com fins especulativos, ou seja, deficiente ou inadequadamente explorado, de modo a vedar-lhe a inclusão no conceito de empresa rural;*

Uma das principais características do latifúndio é a **concentração das propriedades** nas mãos de poucos proprietários rurais, famílias ou empresas. Essa concentração fundiária está associada a diversos conflitos e lutas por terra no Brasil.

## 7 - USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL RURAL EM ÁREAS INFERIORES AO MÓDULO RURAL

É possível o usucapião constitucional rural em área inferior ao Módulo Rural?

A Lei n.º 4.504/64 (Estatuto da Terra), em seu artigo 65, proíbe a *divisão do imóvel rural* em áreas inferiores ao módulo rural:

Art. 65 - O imóvel rural não é divisível em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural.

§ 1º - Em caso de sucessão causa mortis e nas partilhas judiciais ou amigáveis, não se poderão dividir imóveis em áreas inferiores às da dimensão do módulo de propriedade rural.

§ 2º - Os herdeiros ou os legatários, que adquirirem por sucessão o domínio de imóveis rurais, não poderão dividi-los em outros de dimensão inferior ao módulo de propriedade rural.

§ 3º - No caso de um ou mais herdeiros ou legatários desejar explorar as terras assim havidas, o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária poderá prover no sentido de o requerente ou requerentes obterem financiamentos que lhes facultem o numerário para indenizar os demais condôminos.

§ 4º - O financiamento referido no parágrafo anterior só poderá ser concedido mediante prova de que o requerente não possui recursos para adquirir o respectivo lote.

A Lei n.º 5.868/72, em seu artigo 8.º, criou um novo critério para a limitação mínima de divisão de área rural, a chamada “fração mínima de parcelamento”.

Art. 8º - Para fins de transmissão, a qualquer título, na forma do art. 65 da Lei n.º 4.504, de 30 de Novembro de 1964, nenhum imóvel rural poderá ser desmembrado ou dividido em área de tamanho inferior à do módulo calculado para o imóvel ou da fração mínima de parcelamento fixado no § 1º deste artigo, prevalecendo a de menor área.

§ 1º - A fração mínima de parcelamento será:

- a) o módulo correspondente à exploração hortigranjeira das respectivas zonas típicas, para os Municípios das capitais dos Estados;
- b) o módulo correspondente às culturas permanentes para os demais Municípios situados nas zonas típicas A, B e C;
- c) o módulo correspondente à pecuária para os demais Municípios situados na zona típica D.

Desta forma passou a existir “dois critérios para estabelecer a limitação mínima de divisão: ou o módulo rural, ou a fração mínima de parcelamento. Prevalece a área

de menor extensão em caso de escolha”. O artigo 65 do Estatuto da Terra teve uma interpretação equivocada, de aplicação geral, ao passo que o referido artigo deveria regular o regime de colonização. Pois o artigo encontra-se no Capítulo II, Seção III, do Estatuto da Terra, que diz respeito à Colonização, mais especificadamente “Da Organização da Colonização”. Se o legislador tivesse a intenção que o artigo em pauta tivesse alcance geral o teria colocado juntamente com as normas de alcance geral. Arnaldo Rizzardo, utilizando lição de José de Campos Mello, explica a questão (Vol 19, p.132/133):

Em brilhante artigo publicado na “Revista do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, n.º 3, janeiro/junho, de 1977, p. 51/56, o advogado José de Campos Mello, de Minas Gerais, leciona que o art. 65, da Lei n.º 4.504, inadvertidamente, teve uma interpretação de aplicação geral, atingindo a todos os imóveis rurais existentes no país, e não somente aos submetidos ao regime da colonização: “O art. 65, conforme acima referido, acha-se colocado na seção III, cujo título é “Da Organização da Colonização”.

É importante observar a hierarquia das leis, uma lei federal não pode impedir que a Constituição Federal atinja seu objetivo. Desta forma o módulo rural e a fração mínima de parcelamento não podem ser utilizados como obstáculo para que o usucapião constitucional rural atinja seu objetivo.

Como o artigo 191 da Constituição Federal não faz qualquer consideração sobre a área mínima a ser usucapida não tem nenhuma aplicabilidade nesse caso os artigos 65 do Estatuto da Terra e o artigo 8.º da Lei n.º 5.868/72.

Os artigos 65 do Estatuto da Terra e artigo 8.º da Lei n.º 5.868/72 tem um objetivo específico que é acabar com o minifúndio, pois como vimos anteriormente, o minifúndio não permite que o trabalhador rural e sua família garantam sua subsistência e o progresso econômico, impossibilitando que a propriedade rural atinja sua função social. Deste modo os referidos artigos não interferem no usucapião constitucional rural.

No ano de 2015 foi decidido pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de adquirir a propriedade de área menor do que o módulo rural estabelecido para a região Por meio da usucapião especial rural, que, por maioria, proveu recurso de um casal de agricultores (REsp 1040296/ES, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 14/08/2015).

Assim, permitir o usucapião de imóvel cuja área seja inferior ao módulo rural da região é, otimizar a distribuição de terras destinadas aos programas governamentais para o apoio à atividade agrícola familiar.

## 8 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo dos argumentos anteriormente expostos, fica clara a possibilidade de usucapião constitucional rural em área inferior ao módulo rural.

Existem áreas rurais isoladas e inferiores ao módulo rural da região que são constituídas de terras férteis, boa localização e aguada, sendo possível produzir, morar e subsistir, melhor do que em muitos latifúndios de terra pobre espalhados pelo país.

Uma família que ocupa área inferior ao módulo rural, mas que permaneça cinco anos ininterruptos, tornando-a produtiva com seu trabalho, garantindo sua subsistência e progresso econômico, terá o direito constitucional de usucapir esta área.

A Súmula 237 do STF dispõe: "O usucapião pode ser arguido em defesa".

Logo, entende-se que o possuidor poderá usufruir de seu direito constitucional (artigo 191 da CF/88) usucapindo área inferior ao módulo rural. O módulo rural é definido de maneira indireta, confundindo-se com a propriedade familiar, desta forma o módulo rural em determinada região, para determinada exploração, por exemplo, é de cinco hectares e se uma família possui três hectares, e se essa família obtém seu sustento e progresso econômico desta área inferior ao módulo rural, essa área poder ser uma propriedade familiar e, automaticamente, não passará a ser um módulo rural, já que o legislador ao definir o mesmo, faz clara referência à propriedade familiar.

## 9 – REFERÊNCIAS

BORGES, Antonino Moura, **Curso Completo de Direito Agrário**, 2 ed. Edijur, Lemes/SP, 2007.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil Federal de 1988**. Brasília, DF, 1988: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Estatuto da Terra. **Estatuto da Terra**, Lei 4504, de 30 de Novembro, Brasília, DF: Senado Federal, 1964. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm) >. Acesso em 09 mar. 2020.

BRASIL, Lei do Usucapião Especial Rural. **Lei do Usucapião Especial Rural**, Lei 6.989, de 10 de Dezembro de 1981, Brasília, DF: Senado Federal 1981. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6969.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6969.htm)>. Acesso em 12 mar. 2020.

BRASIL, Código Civil. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2001, Brasília, DF Senado Federal, 2002.

BRASIL, **Lei do Sistema Nacional de Cadastro Rural**, Lei 5.868 de 12 de Dezembro de 1972, Brasília, DF. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5868.htm)>. Acesso em 17 abr. 2020.

**Jurisprudência** do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1040296/ES, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 14/08/2015). Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/466013221/recurso-especial-resp-1631961-sc-2016-0269583-5>>. Acesso em 06 mai. 2020

Maria Helena Diniz, "**Curso de Direito Civil Brasileiro**", 17ª edição, Saraiva, 2002. São Paulo, SP

MARQUES, Benedito Ferreira, **Direito Agrário Brasileiro**, 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Revista da Ajuris**. Vol. 19. Porto Alegre.

Súmula 237 do Superior Tribunal Federal. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4155>>. Acesso em 06 mai. 2020

TUPINAMBÁ, Miguel Castro do Nascimento. **Usucapião**. Rio de Janeiro. Aide. 1992.



## A PERSONALIZAÇÃO JURÍDICA DOS PETS E O PROJETO DE LEI 27/2018

**VALERIA BONFIM DE SOUSA:** Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo – Fasec.

KELLY NOGUEIRA DA SILVA GONÇALVES <sup>[1]</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** Atualmente o ordenamento jurídico brasileiro, através de Projetos de Lei, tem apresentado uma nova percepção acerca dos direitos dos animais, principalmente em relação aos animais domésticos. O Projeto de Lei 27/2018 com tramitação encerrada no ano de 2019 no Senado acrescentou um novo dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 - Lei de Crimes Ambientais, dispondo sobre a natureza jurídica dos animais não humano, determinando que os animais não humanos possuem natureza jurídica sui generis e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa. Esta matéria foi modificada no Senado e, portanto, retorna para a Câmara dos Deputados para. Nessa perspectiva, este estudo pretende analisar esse novo dispositivo jurídico, para isso foi realizada uma explanação histórica sobre a evolução histórica do direito dos animais, além de apresentar breves considerações sobre os maus tratos e a tutela jurídica aos animais no ordenamento jurídico brasileiro. No decorrer do estudo sobre a personalização jurídica dos animais domésticos, foi importante trazer à baila a questão da senciência dos animais de estimação e o afeto familiar para posteriormente fazer um delineamento dos projetos de lei que já tratavam em suas respectivas matérias sobre a personalização jurídica dos animais não humanos.

**Palavras-Chave:** Animais de estimação. Proteção. Projeto de Lei 27/2018.

**ABSTRACT:** Currently, the Brazilian legal system, through bills, has presented a new perception about the rights of animals, mainly in relation to domestic animals. The Draft Law 27/2018, which was closed in 2019 in the Senate, added a new provision to Law No. 9,605, of February 12, 1998 - Law on Environmental Crimes, providing for the legal nature of non-human animals, determining that non-human animals have sui generis legal nature and are subject to depersonified rights, which they must enjoy and obtain judicial protection in case of violation, being prohibited from being treated as a thing. This matter was modified in the Senate and, therefore, returns to the Chamber of Deputies to. In this perspective, this study intends to analyze this new legal device, for that, a historical explanation was made about the historical evolution of animal law, in addition to presenting brief considerations about the mistreatment and legal protection of animals in the Brazilian legal system. During the study on the

legal personalization of domestic animals, it was important to bring up the issue of pet sentience and family affection to later outline the bills that they already dealt with in their respective matters on the legal personalization of pets. non-human animals.

**Keywords:** Pets. Protection. Bill 27/2018.

**SUMARIO:** 1. Introdução – 2. Evolução histórica do direito dos animais no Brasil - 2.1. Os maus tratos e a tutela jurídica aos animais no ordenamento jurídico brasileiro – 3. A sentiência dos animais de estimação e o afeto familiar - 3.1. Delineamento dos projetos de lei que versam sobre a personalização jurídica dos animais não humanos - 3.2. A nova concepção da natureza jurídica dos animais de estimação - “pets” à luz do projeto de lei n. 27/2018 – 4. Considerações finais – 5. Referencias.

## 1 INTRODUÇÃO

Não é novidade que a relação entre os seres humanos e os animais de estimação está baseada em sentimentos. Com isso é importante que cada vez mais o ser humano é responsável por tratá-los dignamente e zelar pela proteção de um ser que é completamente indefeso, principalmente diante os inúmeros casos que ganharam repercussão na mídia.

A questão norteadora deste estudo partiu da seguinte problemática: as mudanças advindas com o Projeto de Lei 27/2018 que trata da personalização jurídica dos animais não humanos trará mudanças significativas no tratamento facultado aos animais?

Com a ocorrência dos grandes casos de negligência em relação aos animais, em outros momentos já haviam sido apresentados ao Congresso Nacional outros projetos de lei que buscavam dar uma nova percepção jurídica para os animais, principalmente os de estimação.

Só então em 2018, a Câmara dos Deputados por iniciativa do Deputado Federal Ricardo Izar que apresentou o Projeto de Lei n. 27/2018 buscou aumentar a pena na lei de maus-tratos aos animais e tirar os animais da denominação jurídica “coisas” inserindo assim um novo dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para determinar sobre a natureza jurídica dos animais não humanos.

O Projeto de Lei acima mencionado foi aprovado no ano de 2019 pelo Senado Federal e como foi modificado por essa casa legislativa, retornará a Câmara dos Deputados. De fato, ainda é um pequeno passo em relação as mudanças já ocorridas em outros países, dentre eles a Áustria, Holanda, França, Portugal no que

tange ao direito dos animais, contudo pode se considerar um passo significativo no Brasil.

Este artigo pretende analisar a personalização jurídica dos pets a luz do Projeto de Lei 27/2018. Aqui utilizou-se o termo advindo da língua inglesa “pet” por já estar bastante internalizado no Brasil como forma de se referir aos animais de estimação.

Os tópicos elencados nesta pesquisa tem ainda como objetivos apresentar breves comentários sobre a evolução histórica do direito dos animais, identificar os maus tratos e a tutela jurídica aos animais no ordenamento jurídico brasileiro, compreender sobre a sentença dos animais de estimação e o afeto familiar e por fim, discutir o delineamento dos projetos de lei que versam sobre a personalização jurídica dos animais não humanos e os impactos do Projeto de Lei n. 27/2018 com a nova concepção da natureza jurídica dos animais não humanos.

## **2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DOS ANIMAIS NO BRASIL**

Até se chegar ao que se conhece atualmente sobre os direitos dos animais, é importante elencar que os movimentos que levaram a proteção dos animais, a saber:

[...] iniciaram-se em 1822, quando as primeiras normas contra a crueldade direcionada aos animais foram apresentadas pela Inglaterra. Em seguida a Alemanha editou normas gerais em 1838 e, em 1948, a Itália posicionou-se com normas contra os maus-tratos. Em 1911, novamente foi a Inglaterra a pioneira em introduzir a ideia de averiguar a proteção dos animais contra os atos humanos (RODRIGUES, 2012, p. 106).

No Brasil, a Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824) bem como a primeira constituição republicana, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891), nada indicavam no que se refere ao tema dos animais.

Sanches e Ferreira (2014), apontam que a Carta Magna de 1934 (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934) indicava, todavia, alguma atenção à matéria quando nas disposições preliminares da Organização Federal (Título I, Capítulo I) estabelecia competência privativa da União para legislar sobre caça e pesca e a sua exploração (Art.5º, XIX).

Assim, autorizava referida Constituição a possibilidade de estabelecer no plano infraconstitucional normas jurídicas destinadas ao balizamento da prática de perseguir animais bem como de extração de organismos aquáticos do meio onde se desenvolviam associando claramente uma e outra atividade á possibilidade de extrair resultados econômicos.

No de 1924 o Brasil estatuiu o Decreto 16.590 em defesa dos animais. Uma década depois, surge com total força de lei, o Decreto 24.645 de 1934, definindo trinta e uma figuras típicas de maus-tratos aos animais. Vale considerar que, no Brasil, o reconhecimento do direito dos animais nas considerações de Rodrigues (2012), ocorreu devido as transformações nos sistemas estruturais dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na política e práticas econômicas, na reorientação das atividades tecnológicas e sobre o estilo de vida social de cada indivíduo, mas essencialmente, na libertação do homem da visão materialista nele embutida e da manipulação dos animais por ele imposta.

Um elevado número de países adotou legislações parecidas de proteção à fauna. Tal situação levou ao surgimento de declarações de princípios internacionais, como no caso da “Declaração Universal dos Direitos dos Animais”, de 1978, proposta por ambientalistas à Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) (MÓL; VENANCIO, 2014).

O Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos dos Animais UNESCO/ONU e, por este motivo, o país trata-os com o devido respeito e tem políticas públicas, bem como, jurídicas para o descumprimento dos seus direitos. A declaração em seus primeiros artigos dispõe o seguinte:

[...] todos os animais nascem iguais diante da vida, e têm o mesmo direito à existência. ARTIGO 2: a) Cada animal tem direito ao respeito. b) O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais, ou explorá-los, violando esse direito. Ele tem o dever de colocar a sua consciência a serviço dos outros animais. c) Cada animal tem direito à consideração, à cura e à proteção do homem. ARTIGO 3: a) Nenhum animal será submetido a maus tratos e a atos cruéis. b) Se a morte de um animal é necessária, deve ser instantânea, sem dor ou angústia (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS, 1978. ARTIGO 1).

A Declaração dos Direitos dos Animais (ONU, 1978), faz referência ao trato e cuidados que devem ser aplicados aos animais. Este documento legal prevê que,

todos os animais têm o mesmo direito a vida, ao respeito e a proteção do homem. Nenhum animal deve ser maltratado e todos os animais selvagens têm o direito de viver livres em seu habitat. O animal que o homem escolher para companheiro não deve ser nunca abandonado. Nenhum animal deve ser usado em experiências que lhe causem dor.

Todo ato que põe em risco a vida de um animal é um crime contra a vida, dessa forma, a poluição e a destruição do meio ambiente são consideradas crimes contra os animais. Os direitos dos animais devem ser defendidos por lei. O homem deve ser educado desde a infância para observar, respeitar e compreender os animais (NOGUEIRA, 2012).

Estabelecendo o conteúdo normativo em face do tema dos animais, a Carta Constitucional de 1988 não só fixou competência a União, dos Estados e ao Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre caça, pesca e fauna (Art.24, VI) como estabeleceu "competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para preservar a fauna" (Art. 23,VII).

Veja que, ao estabelecer que os animais tem a existência, ou seja, a vida, se estabelece também um paradigma com a Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, ou essencial, portanto, o país respeita os direitos dos animais.

Para Fiorillo (2019), os interesses subjetivos dos animais, obviamente são tão importantes quanto os dos humanos, simplesmente pelo fato de que ambos os seres respiram e são sencientes, capazes de sentirem dor, felicidade, responder a estímulos.

Ademais, os direitos dos homens devem sim ser respeitados, mas é imperioso que o mesmo juízo e compaixão quanto aos interesses dos seres humanos sejam atribuídos aos não humanos, na medida de suas necessidades.

## 2.1 Os maus tratos e a tutela jurídica aos animais no ordenamento jurídico brasileiro

A tutela constitucional aos animais encontra-se consignado no artigo 225, §1º, inciso VII da Constituição de 1988, que estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (BRASIL, 1988).

Sob a ótica do art. 225 da Constituição Federal, pode-se considerar os animais como sujeitos de direitos e não apenas bens passíveis de apropriação. Contudo, Costa (2018), leciona que o grande debate que envolve a proteção jurídica dos animais não humanos, no Brasil e em alguns ordenamentos legais no mundo, passa diretamente pela compreensão antropocêntrica[2] ou biocêntrica[3] dada ao respectivo tema.

Em relação ao Código Civil brasileiro de 2002, os animais eram considerados coisas, bem móveis, bens semoventes regidos com a mesma matéria jurídica dos bens móveis e com a aplicação das regras correspondentes aos mesmos veja: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico social” (BRASIL, 2002, art. 82).

Sobre essa assertiva, Schreiber (2020), discorre que dentre as novas tendências em matéria de bens, tem-se o crescente reconhecimento da necessidade de um tratamento jurídico diferenciado aos animais, ou seja, se, por um lado, os animais não são sujeitos de direito, não podendo figurar como titulares de direitos ou obrigações, por outro lado, parece cada vez mais difícil manter o tratamento dado aos animais pelo Código Civil brasileiro, em que os animais (semoventes) são contemplados simplesmente como bens ou coisas.

Nota-se que, o direito é uma ciência efetivamente com a proposta de proteger o homem. Nessa perspectiva, os animais não dotados de racionalidade foram categorizados como coisas (bens semoventes), reproduzindo-se os ideais da modernidade, que se utiliza da referida ciência para classificar coisas, pessoas e fenômenos jurídicos. Em razão disso, a doutrina da sciência, tema que será abordado em tópico próprio, foi inicialmente relegada, justamente por não integrar a proposta taxonômica e dogmática imposta aos animais não humanos (COSTA, 2018).

Dessa maneira, todo ato que põe em risco a vida de um animal é um crime contra a vida, dessa forma, a poluição e a destruição do meio ambiente são consideradas crimes contra os animais. Os direitos dos animais devem ser defendidos por lei. O homem deve ser educado desde a infância para observar, respeitar e compreender os animais (NOGUEIRA, 2012).

Tartuce (2017), leciona que a questão do tratamento jurídico reservado aos animais reflete a valorização dos interesses existenciais da pessoa humana sobre alguns entes especiais, que, embora não constituam sujeitos de direito à luz da ordem jurídica por se diferenciarem do ser humano, exprimem a realização de um interesse



existencial do ser humano, principalmente pelo próprio ecossistema em que o ser humano está inserido.

O diploma legal considerado mais significativo na tutela jurídica dos direitos dos animais não-humanos e a Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais). A Lei dispõe sobre as sanções penais e administrativas às condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente.

Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal (BRASIL, 1998, art. 32).

Na fala do ministro Ricardo Lewandowski os maus tratos com os animais é uma prática inaceitável, vide:

[...] Proibiram-se agora as touradas em Barcelona. A Europa está preocupada com o tratamento desumano, cruel e degradante que se dá aos animais domésticos, sobretudo nos abatedouros e também nos criadouros. Por quê? Porque está em jogo exatamente esse princípio básico da dignidade da pessoa humana. Quando se trata cruelmente ou deforma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana (LEWANDOWSKI, 2011, p. 326).

O exposto acima evidencia que os maus tratos aos animais geram um sentimento de compaixão no ser humano, pois, de alguma maneira, trata-se da vida do animal não humano, demonstrando que o indivíduo atribui importância diferenciada com os animais (ARRAES, 2012).

No Decreto-Lei n. 3.688, de 1941 é considerado o primeiro diploma legal no Brasil que disciplinou sobre as penas sobre os maus tratos contra os animais, a saber:

Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo: Pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis. 1º Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo. 2º Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou

tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público (Decreto-Lei n. 3.688, de 1941, art. 64).

Ainda no que tange a crueldade dos animais, o ordenamento jurídico recentemente vem se apoiando na visão biocêntrica, que traz um conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (art. 3º, I, Lei nº6.938/1981).

O Supremo Tribunal Federal - STF no tocante à crueldade com os animais afirma o seguinte:

[...] de forma reiterada o STF tem declarado a inconstitucionalidade de leis estaduais que franquearam a realização das “brigas e rinhas de galo”, em especial dos Estados de Santa Catarina, Rio Grande do Norte e Rio de Janeiro. Colaciona-se o julgado mais recente, na ADI nº 3.776, que teve como relator o Ministro César Peluso, com a seguinte ementa: Lei nº 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte – Atividades esportivas com aves das raças combatentes – ‘Rinhas ou brigas de galo. Regulamentação – Inadmissibilidade. Meio ambiente – Animais – Submissão a tratamento cruel Ofensa ao art. 225, §1º, VII, da CF – Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas rinhas ou brigas de galo (MELO, 2017, p. 88).

Como se observa, as reflexões acima deixam claro que os atos de crueldade contra os animais possuem diploma legal para sua criminalização, levando em conta além do direito fundamental dos animais, a sua senciência, tema abordado a seguir.

A questão relacionada ao direito dos animais é considerada complexa, visto que o ordenamento jurídico adota uma posição dúbia em relação aos animais, ora tratando-os como seres, ora como seres sensíveis, por esse motivo é necessário que seja observado de maneira sistêmica as Leis de proteção animal, principalmente dos animais de estimação, considerados aqui seres sencientes.

### **3 A SENCIENTIA DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO E O AFETO FAMILIAR**

Os animais de estimação são o que vivem normalmente na companhia do homem ou os que vivem em estado selvagem, mas vêm a adaptar-se à vida em

companhia dos seres humanos. Dessa forma, deve-se ter um adequado relacionamento e empatia para com esses animais.

Ao se tratar da temática sobre os animais de estimação, é importante esclarecer que atualmente no Brasil foi internalizado a expressão inglesa “*Pet*”, que significa animal de estimação.

Wisniewski (2019), cita que a relação homem e animal surgiu há muito tempo, inicialmente para auxiliar na caça e defesa, depois os laços foram se aprofundando, os animais sendo domesticados, adentrando aos lares, e atualmente, tendo local especial nas famílias e sendo em alguns casos essenciais ao bem-estar e alegria dos donos.

O homem domesticou alguns animais e eles se tornaram “companheiros, considerados valiosos para sua saúde corporal e psíquica” (Scheffer, 2018, p. 40). O contato com os animais domésticos então, vai além de um simples o relacionamento entre espécies, é considerado mais abrangentes visto que, envolve um sentimento de conectividade.

Esse sentimento de conectividade ocorre principalmente pelo fato de que os animais domésticos serem considerados sencientes. A expressão senciente vem do latim *sentiens entis* que significa capaz de sentir ou perceber através dos sentidos. Em outra forma, seres que possuem ou conseguem receber impressões ou sensações (DICIONÁRIO AURÉLIO ON LINE, 2020).

Rosa (2017), considera que, a característica mais usada para reconhecer a sentiência, portanto, é a dor, fazendo com que o conceito da mesma seja cada vez mais utilizado em defesa dos animais não humanos, o que leva ao questionamento de o animal não humano ter direitos de proteção.

Os interesses subjetivos dos animais, obviamente são tão importantes quanto os dos humanos, simplesmente pelo fato de que ambos os seres respiram e são sencientes, capazes de sentirem dor, felicidade, responder a estímulos (FIORILLO; FERREIRA, 2019).

Dessa forma, os direitos dos homens devem sim ser respeitados, mas é imperioso que o mesmo juízo e compaixão quanto aos interesses dos seres humanos sejam atribuídos aos não humanos, na medida de suas necessidades.

### **3.1 Delineamento dos Projetos de Lei que versam sobre a personalização jurídica dos animais não humanos**

Precipuamente, no Brasil, foi o Projeto de Lei nº 3.676/2012 que trouxe a matéria da tratava da personalização jurídica dos animais não humanos. Esse projeto deixa claro que os animais são considerados seres sencientes e por isso são sujeitos de direitos naturais e nascem iguais perante a vida. Contudo, o projeto não demonstrou qual o melhor enquadramento dos animais no ordenamento jurídico, deixando essa questão em aberto (CAMPELO, 2017).

Outro projeto de relevante foi o Projeto de Lei nº 6.799/2013, que buscou criar um novo regime jurídico para os animais, os incluindo na categoria de sujeitos de direito, porém como entes despersonalizados.

O Projeto de Lei 351/2015, originário do Senado, pretendeu estabelecer, que os animais não são coisas, remetendo o seu tratamento para a legislação específica. No referido Projeto de Lei estava explícito que alguns países europeus avançaram em sua legislação e já alteraram os seus Códigos, fazendo constar expressamente que os animais não são coisas ou objetos, embora regidos, caso não haja lei específica, pelas regras atinentes aos bens móveis.

Isso representa um avanço que pode redundar no reconhecimento de que os animais, ainda que não sejam reconhecidos como pessoas naturais, não são objetos ou coisas (BRASIL, 2015).

Contudo, como esclarece Lourenço (2016), apesar de retirar os animais do rol do que são consideradas “coisas”, o projeto de lei também não visa apontar o que seriam, então, considerados os animais, pelo que resta duvidoso seu resultado prático, eis que a falta de um enquadramento específico resultará na utilização da mesma tutela jurídica hoje vigente (LOURENÇO, 2016).

A situação jurídica dos animais, na percepção de Lourenço (2008) pode abranger três as possibilidades: a personalização dos animais, equiparando-os a pessoas absolutamente incapazes; a alocação na categoria de entes despersonalizados; e a construção de uma espécie de terceiro gênero, deixando os animais a posição de coisas para se situarem entre o mundo das coisas e dos sujeitos.

Sobre essa explanação, observa-se que:

[...] a categoria de entes despersonalizados, é a que mais parece abraçar a condição jurídica dos animais, eis que permite a classificação destes seres como sujeitos de direitos mesmo sem reconhecer o status de pessoa, na medida em que o conceito de sujeito de direito abarca tanto os entes despersonalizados como as pessoas humanas, pelo que, inserindo os animais no

contexto do artigo 12 do Código Civil, tem-se o reconhecimento destes como sujeitos de direitos sem acarretar vastas transformações legislativas (LOURENÇO, 2016, p. 13).

Dessa forma, a defesa dos animais poderia se dar tanto por meio da substituição processual do Ministério Público, sociedades de proteção animal ou terceiros interessados, quanto através de um representante processual, como na forma de curador ou guardião (CASTRO JÚNIOR; OLIVEIRA VITAL, 2015).

Entretanto, atualmente no ordenamento jurídico brasileiro aos animais é vedado o seu tratamento como coisa, este tratamento foi referendado através da lei n. 27/2018 como será demonstrado a seguir.

### **3.2 A nova concepção da natureza jurídica dos animais de estimação - “pets” à luz do Projeto de Lei n. 27/2018**

No ano de 2019 foi aprovado no Senado o Projeto de Lei nº. 27/2018 que acrescentou um novo dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), dispondo sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 trata das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

Contudo, o acréscimo da nova forma jurídica dada aos animais não humanos retornou a Câmara dos Deputados para novos tramites jurídicos. O dispositivo atualmente acrescentou a lei de crimes ambientais que os animais não humanos possuem natureza jurídica *sui generis*[4] e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa.

Os argumentos constados para o regulamento do novo dispositivo é o seguinte:

[..] esta Lei estabelece regime jurídico especial para os animais não humanos. Constituem objetivos fundamentais desta Lei: I - afirmação dos direitos dos animais não humanos e sua proteção; II - construção de uma sociedade mais consciente e solidária; III - reconhecimento de que os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento. Os animais não humanos possuem natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela

jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa (BRASIL, 2019, p. 4).

Após a aprovação desta lei pode-se considerar que a proteção e a tutela dos animais se darão de forma mais rigorosa e levando em consideração o teor da redação da nova lei, é possível perceber que houve uma mudança significativa no ordenamento jurídico.

Na justificação da matéria, o Deputado Ricardo Izar, autor do Projeto de Lei, especifica seus objetivos:

[..] afastar a ideia utilitarista dos animais, reconhecendo que os animais são seres sencientes, que sentem dor, emoção, e que se diferem do ser humano apenas nos critérios de racionalidade e comunicação verbal. Ainda conforme a justificação: o Projeto em tela outorga classificação jurídica específica aos animais, que passam a ser sujeitos de direitos despersonalizados. Assim, embora não tenha personalidade jurídica, o animal passa a ter personalidade própria, de acordo com sua espécie, natureza biológica e sensibilidade. A natureza *suís generis* possibilita a tutela e o reconhecimento dos direitos dos animais, que poderão ser postulados por agentes específicos que agem em legitimidade substitutiva (PARECER DO DEPUTADO RICARDO IZAR. COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE. PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 27, DE 2018).

Segundo Gordilho (2017), o fortalecimento da relação entre animais e seres humanos pode ser indicado, dentre outros fatores, por meio das mudanças sociais e econômicas ocorridas na contemporaneidade, tais como o fortalecimento da indústria petshop e a redução da taxa de fecundidade no Brasil.

Contudo, no que concerne a aplicabilidade deste novo dispositivo a lei de Crimes Ambientais, as considerações de Gonçalves (2019, p. 02) são as seguintes:

[...] tem-se a sensação de uma legislação simbólica. Em suma, não sei se o teor do Projeto vai realmente fazer a diferença necessária, mas é um ponto de partida importantíssimo para o futuro, haverá um esforço hermenêutico pelos operadores do direito para concretização desses direitos.

Vale pontuar que, a complexidade deste assunto, pois mesmo tendo sido aprovada uma lei que trata o animal não mais como coisa dando-lhe a designação



jurídica de “sujeitos de direitos despersonalizados”, também é considerada no ordenamento jurídico por meio de legislação específica outros tratamentos dados aos animais, como por exemplo, os animais que são usados para experiências em pesquisa e para abate. Neste âmbito, deveriam ter o mesmo tratamento na seara jurídica pátria, considerando principalmente seu aspecto senciente.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Projeto de Lei 27/2018 que trata da personalização jurídica dos animais ao acrescentar um novo dispositivo a Lei de Crimes Ambientais trouxe um novo viés ao tratamento jurídico dado aos animais de estimação.

A conquista dos direitos dos animais foi um processo gradativo como se observou no estudo, e mesmo ainda sendo necessário muita efetividade nas leis que já existem esse dispositivo acrescentando a lei de crimes é considerado muito importante.

O dispositivo acrescentado atualmente a lei de crimes determinou que os animais não humanos possuem natureza jurídica e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa.

Ao final desse estudo foi possível perceber que houve uma mudança significativa no ordenamento jurídico e presume-se que a tutela jurídica direcionada aos animais a partir da aprovação do PL 27/2018 se dará de forma mais rigorosa e levando em consideração o conteúdo da redação da nova lei.

Contudo, mesmo com as mudanças significativas no tratamento facultado aos animais através desta mudança do pensamento jurídico atual em relação a esses seres, as reais mudanças estarão sempre relacionados às concepções associadas aos padrões éticos concernentes ao bem-estar e a senciência dos animais, pois aqui se entende que, de nada adianta uma lei mais rigorosa e que tirou a nomenclatura “coisas” dos animais, se a sociedade não mudar sua visão e seu relacionamento com os animais, seja eles os “pets” ou os selvagens.

## 5 REFERENCIAS

ARRES, Vania Marcia Damasceno. **Direitos fundamentais dos animais a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos**. Editora, 2012.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: abril de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Editora Saraiva. 1988.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm). Acesso em abril de 2020.

BRASIL. **Parecer da comissão de meio ambiente, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018 (PL nº 6799/2013), do Deputado Ricardo Izar, que acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos**. Disponível em: <http://www.direito.ufpr.br/portal/animaiscomdireitos/wp-content/uploads/2019/08/parecer-pl-27-2018.pdf>. Acesso em maio de 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 27/2018. Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7729363&ts=1574367802793&disposition=inline>. Acesso em março de 2020.

CAMPELO, Lorena Miranda de Sá. **Direito dos animais: análise sobre o status jurídico dos não-homens no direito brasileiro**. Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito. 2017.

COSTA, Fabricio Veiga. **Direitos dos animais no brasil e no direito comparado: a problemática da busca do reconhecimento da sciência**. Revista da Universidade de Itaúna-MG. vol. 8, num. 24, 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 16ª ed. rev., atual. ampl.- São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. volume 1: parte geral / Carlos Roberto Gonçalves. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GORDILHO, Heron José de Santana; COUTINHO, Amanda Malta. **Direito animal e o fim da sociedade conjugal**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 257-281, maio/ago. 2017.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Ação direta de inconstitucionalidade 1.856 Rio de Janeiro** (2011). Disponível

em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>.

Acesso em maio de 2020.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.

MÓL, Samylla, VENANCIO, Renato. **A proteção jurídica aos animais no Brasil: uma breve história**. Rio de Janeiro: Editora FVG, 2014.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. **Direitos fundamentais dos animais: a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos**. Rio de Janeiro: Editora FVG, 2012.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Bélgica: 1978. p.1. Disponível em:

<<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em março. 2020.

RODRIGUES, Danielle Tetü. **O Direito & Os Animais: Uma Abordagem ética, filosófica e normativa**. 3ª ed. Curitiba: Juruá Editora. 2012.

ROSA, Thaise Santos da. **Os direitos fundamentais dos animais como seres sencientes**. Revista Justiça & Sociedade, v. 2, n. 1, 2017.

SCHEFFER, Gisele Kronhardt. **Direito animal e ciências criminais**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

WISNIEWSKI, Paula Caroline. **Animais de estimação como seres de direito e a (im)possibilidade da guarda nos casos de ruptura do vínculo conjugal dos guardiões**. Vol. 4, nº 7, junho de 2019. Disponível em: <http://ucs.br/etc/revistas/index.php/ricaucs/article/viewFile/7306/3854>. Acesso em abr. 2020.

NOTAS:

[1] Especialista em Direito civil e advogada. Professora do curso de direito da Faculdade Serra do Carmo – Fasesec. [profkellynogueira@gmail.com](mailto:profkellynogueira@gmail.com)>

[2] Antropocêntrico é a concepção genérica, sem síntese, faz do homem o centro do Universo, ou seja, a referência máxima e absoluta de valores (MILARÉ, 2006).

[3] Segundo o viés biocêntrico, a fauna, a flora e a biodiversidade não são apenas objetos de direitos, mas verdadeiros detentores de direitos fundamentais, esta visão não considera a humanidade o centro da existência (MILARÉ, 2006).

[4] De seu próprio gênero ou único em sua espécie.

## ADVOCACIA NA STARTUPS: A IMPORTÂNCIA NA CONTRATAÇÃO DO ADVOGADO (A) ESPECIALIZADO (A) EM STARTUPS

**ROSENEI DE FÁTIMA DORIGO BERNARDES:**

Discente do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru .

**ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO<sup>[1]</sup>**

(orientadora)

**RESUMO:** Neste artigo propõe-se mostrar o futuro dos profissionais do direito com o aumento das empresas de tecnologia, a existência ou não de um campo de trabalho para quem quer se especializar na área jurídica de tecnologias, principalmente visando o nicho do empreendedorismo tecnológico das startups. Um empreendedor ou qualquer pessoa que venha a interagir com o ecossistema das startups precisa contar com uma assessoria jurídica para garantir o sucesso desde a idealização até a captação de investimentos, pois envolve um sistema que faz necessário um arcabouço jurídico que forneça ao empreendedor as melhores decisões dentro das várias áreas do direito. Um advogado que queira atuar nesta área precisa ser dinâmico, oferecer soluções rápidas nas mais diversas áreas do direito. Faz-se necessário ter conhecimento profundo em várias áreas como contratos, Direito do Trabalho, Direito Tributário, Empresarial, Propriedade Intelectual, enfim ter uma visão macro da Legislação.

**Palavras chave:** Startups. Assessoria jurídica. Tecnologias.

**ABSTRACT:** In this article it is proposed to show the future of legal professionals with the increase of technology companies, the existence or not of a work field for those who want to specialize in the legal area of technologies, mainly aiming at the startups' technological entrepreneurship niche. An entrepreneur or anyone who will interact with the ecosystem of startups needs to rely on legal advice to ensure success from conception to attracting investments, as it involves a system that requires a legal framework that provides the entrepreneur with the best decisions within the various areas of law. A lawyer who wants to act in this area needs to be dynamic, offering quick solutions in the most diverse areas of law. It is necessary to have in-depth knowledge in various areas such as contracts, Labor Law, Tax Law, Business, Intellectual Property, in short, to have a macro view of the Legislation.

Keywords: Startups. Legal advice. Technologies.

### 1. INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é despertar a atenção para novos campos de atuação para os profissionais do direito, com intuito de considerar as possibilidades de atuação dentro desta área, se seria compensador, já que não existe no Brasil uma legislação específica na área de tecnologia.

Neste cenário será feita uma análise de toda legislação brasileira que deverá ser estudada para formação e manutenção de uma startups, uma empresa formada como todas regradas pelo Código Civil, que neste diploma também se baseia para elaboração de vários contratos, que são de extrema importância, mas que seguem também modelos de contratos do Direito Internacional. Empresas que contratam funcionários e colaboradores com CNPJ, na maior parte em home-office, com normas ditadas pela CLT ou Direito do Trabalho. Ainda se recorrendo ao Direito Tributário para verificar a melhor forma de tributação para a forma de empresa escolhida. O Direito do Consumidor que deve ser respeitado e muito bem pensado devido as distancias atingidas pela internet.

## **2. NORMAS JURÍDICAS PARA SE INICIAR UMA STARTUPS**

Por se tratar de empresas que funcionam de forme mais dinâmica, os processos jurídicos acabam se tornando mais complexos, sendo uma empresa que tem a característica de crescer rapidamente implica em mudanças constantes na receita, na carteira de clientes e no número de colaboradores, além de serem geralmente administradas por profissionais bastante jovens, faz-se necessário uma boa orientação jurídica detalhada, para que ela se encaixe nos regimes fiscais corretos, tenha em seus contratos com colaboradores cláusulas de sigilo, contratos com profissionais e prestação de contas para seus investidores e *stakeholders*.

Para Erik Frederico Oioli (2019.p.13):

Como o próprio termo *startup* sugere em sua tradução literal, estamos nos referindo a uma empresa em fase de inicial ou de lançamento. Se juridicamente a empresa consiste em uma atividade econômica organizada destinada a produção e ou circulação de bens ou serviços, a *startup* é aquela em estagio inicial de organização da sua atividade. Isso traz uma série de implantações, das mais relevantes para aplicação do Direito.

Deve-se ter em mente que para montar uma empresa startup é necessário um minucioso planejamento jurídico para que possa inspirar confiança e captar investidores e que também garanta o sucesso.

## **3. ASPECTOS SOCIETÁRIOS DA STARTUP**



Estabelecem diretrizes para a formação dos contratos através dos quais a atividade econômica da empresa se desenvolverá: por exemplo, compra e venda, locação, dentre outros;

Na escolha do modelo empresarial adequado, é possível proteger o patrimônio dos sócios (se houver mais de um) ou do titular (se for apenas um), tornando-o completamente distinto do patrimônio da sociedade. Essa segregação patrimonial é assegurada através de uma sociedade limitada, de uma EIRELI, ou mesmo sociedade por ações (anônima).

Erik Frederico Oioli (2019, p.17) dispõe que:

(...) Não configuram uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado ou um novo tipo jurídico societário, mas sim uma instituição em estágio inicial de desenvolvimento que reúne características peculiares que as distingue das demais. Nesse sentido, pode-se, resumidamente, afirmar que as startups são empresas em estágio inicial de desenvolvimento e que, por essa razão, se diferenciam das empresas tradicionais, sobretudo no que diz respeito à busca pela inovação, o perfil de seus sócios e ao modelo de negócios adotado.

A título de esclarecimento, o direito brasileiro dispõe no Código Civil de vários, mas taxativos, modelos empresariais que podem ser adotados pelo empreendedor. Dentre os mais comuns, têm-se: empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), única espécie constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social em que há a proteção patrimonial; sociedades limitadas, modelo mais comumente utilizado no Brasil; e sociedades anônimas, tipo societário usual nas empresas de maior porte.

Erik Frederico Oioli (2019.p. 18), assevera que “as startups são empresas distintas das tradicionais, pois são disruptivas, adotam um modelo de negócios diferenciado, inovador e antiburocrático.

Para o funcionamento de qualquer empresa, o empreendedor terá de despender recursos financeiros. A conjunção desses recursos, representados por quotas ou ações, constituirá o capital social, ou seja, um patrimônio mínimo para o início da atividade determinado pelos sócios ou estabelecido em lei.

É importante ressaltar que não devem ser confundidos os modelos de organização da empresa de empresário individual e empresa individual de responsabilidade limitada.

A similaridade que pode dar causa a eventuais confusões é de que em ambos os tipos a empresa é constituída por apenas um titular.

Existem diferenças relevantes, contudo, que não podem ser ignoradas pelo empreendedor.

A primeira é a de que a EIRELI, para ser constituída, deve integralizar capital social não inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País, o que não é exigido do empresário individual.

Além disso, diferentemente da EIRELI, o empresário individual responde integralmente pela administração da empresa e pode ver seu patrimônio pessoal atingido em eventual execução de créditos devidos em decorrência de sua atividade empresarial.

Assim, em que pese seja possível a startup de propriedade única, alertamos que a escolha pelo modelo de empresário individual, ou qualquer outra espécie em que os sócios da empresa sejam ilimitadamente responsáveis pelas dívidas advindas do empreendimento, não é indicada para esse tipo de negócio, sobretudo pelos elevados riscos que estão a ele relacionados.

### **3.1. MEI ou Microempreendedor Individual (Lei Complementar nº 128/2008)**

É a pessoa que trabalha por conta própria e que busca uma forma junto ao Estado de regularizar-se e agir como empresa, o que chamamos de investidor-anjo, segundo Renaldo Limiro em um artigo voltado ao tema, resume as principais características promovidas pela regulamentação como sendo as seguintes:

As bases da instituição deste investidor-anjo são no sentido de incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, somente na sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte. Passam estas sociedades, nos termos da LC citada, a ter a opção de admitir o aporte de capital dos denominados investidores-anjos, cujo aporte não integrará o capital social da empresa. De outro lado, a empresa e o investidor-anjo, necessariamente, terão de firmar compromisso – contrato de participação -, com vigência não superior a 7 anos. (LIMIRO, 2016).

Essa talvez seja a melhor forma do empreendedor já que tem a idéia de testar o produto na internet, o qual exige que o empresário tenha seu CNPJ para atuar nesse ramo

### **3.2. Sociedade Limitada e EIRELI**

A característica principal é a responsabilidade limitada dos sócios, na proporção de suas quotas, deverá ter cadastro junto a Receita Federal para obtenção do CNPJ, na Secretaria de Fazenda do Estado para inscrição estadual e também relativa do ICMS. Dependendo da atividade e do faturamento poderá se enquadrar no regime tributário do Simples Nacional, diminuindo os custos e facilitando o recolhimento de impostos. Com isso, as sociedades limitadas se mostram uma ótima alternativa para startup.

Para Edgar Vidical de Andrade Reis (2018, p. 86) “a realização de investimento por meio de obtenção de participação societária da startup é, provavelmente, a primeira opção ventilada pelos fundadores de startups que ainda não possuem muito conhecimento sobre o assunto, por ser a mais óbvia.”

A EIRELI, criada pela Lei nº 12.441 de 2011, é uma espécie de sociedade limitada, mas com apenas um sócio, não existe divisão de responsabilidade. Na verdade, a EIRELI surgiu com o objetivo de evitar fraudes, o famoso 99% para um sócio e 1% para outro. A EIRELI objetivou oferecer proteção ao patrimônio pessoal do empresário, redução da carga tributária.

### **3.3. S/A ou Sociedade Anônima ou ainda Sociedade por Ações de Capital Fechado**

Podemos defini-la como pessoa jurídica de direito privado formada por dois ou mais acionistas, onde o capital social esteja dividido em ações de igual valor nominal, que podem ser negociadas com terceiros alheios a qualquer dos sócios, pois não existe o *affectiosocietatis* da Ltda, além de restringir a responsabilidade do acionista ao valor de emissão das ações que adquiriu. Por esses benefícios, tem se tornado comum na área de Startups.

### **3.4. SCP ou Sociedades em Conta de Participação**

É uma reunião de pessoas naturais ou jurídicas para o exercício de atividades determinadas com resultados comuns, pactuadas por um contrato e formada por sócios ostensivos e participantes. Sócio Ostensivo é aquele que realiza todas as operações em nome da SCP e assume integralmente a gestão, administração e responsabilidade pela companhia, geralmente são os idealizadores do negócio.

No entendimento de Edwaldo Tavares Borba (2012, p. 113), esclarece “que o justifica pelo argumento de que referido tipo societário não possui patrimônio próprio e personalidade jurídica.

Nesse sentido, Edgar Vidical de Andrade Reis (2018, p. 71) conclui que “não há dúvidas de que a sociedade em conta de participação realmente não possui patrimônio próprio (e sim um patrimônio especial) nem personalidade jurídica, conforme a própria legislação expressamente prevê”.

O Sócio Participante é oculto e possui obrigações apenas com o sócio ostensivo, na prática seu compromisso costuma ser o de aportar capital e aguardar o retorno do investimento. Em termos financeiros é a mais barata de ser mantida.

### **3.1.1. Espécies de Contratos**

Os contratos Preliminares obtém validação do modelo de negócio para garantir a segurança da participação de todos os membros do projeto, é indicado a elaboração, por um advogado, de um memorando entre Co-Founders (co-fundadores), para pré-constituição da startup, garantindo-se neste momento também qual será a responsabilidade de cada sócio perante o projeto.

Ensina Titericz que:

Os acordantes decidem questões como mensurar o capital a ser investido, definir quotas de participação societária que pertencerá à titularidade de cada um deles, estabelecer os direitos e obrigações dos envolvidos e acordar sobre o valuation da sociedade que será tido como base, inclui-se, de preferência, o índice de avaliação realizado por instituição especializada. Dito isso, o empreendedor e o investidor visam a mitigar riscos e alinhar os interesses na realização de investimento no empreendimento (TITERICZ, 2003, p.19).

O contrato Social é o documento máximo de uma Sociedade Limitada, onde são firmadas as questões mais importantes de uma empresa: os sócios; a área de atuação; as regras de entrada e saída de sócios; a fixação de um administrador, dentro outros. Portanto, necessário que seja elaborado por um profissional do Direito, pois esse Contrato Social será registrado na Junta Comercial do Estado em que a startup atuará.

De acordo com Marlon Tomazette (2014, p. 349), o regime jurídico da sociedade limitada, instituído em 1919, mantém-se inalterado até o presente momento, apenas tendo havido a alteração da nomenclatura do instituto com a inovação do Código Civil (BRASIL, Lei nº 10.406, 2002), que prevê expressamente:

Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas

normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da

sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima. (BRASIL, Lei nº

10.406, 2002)

Passamos analisar o contrato de Vesting que é instrumento jurídico, utilizado por startups para formalização de parcerias com programadores ou designers. Neste contrato define-se uma porcentagem de participação na startup a um profissional, para construção de validação na plataforma, caso não produza o esperado ou se mostre inadequado, o contrato é rescindido.

No contrato de Investimento as startups conseguem recursos por meio de investimentos externos. É por meio de aporte de capital feito por “investidor anjo” ou outros. Os mecanismos mais comuns são Equity (investidor que se torna sócio), Parceria (Contrato de SCP- divisão de lucros com retorno do investimento) ou Mutuo Conversível (o investidor recebe de volta o valor investido corrigido). Para garantir uma boa negociação, ambas as partes devem se fazer acompanhar de seu advogado.

No contrato de Confidencialidade, o tipo de empreendimento é muito preocupante a confidencialidade das informações envolvidas no projeto. Na verdade, este contrato precisa envolver também um Contrato de não Concorrência; ambos são necessários para o sucesso de uma startup. A confidencialidade para Erik Frederico Oioli (2019, p.54):

(...) como o próprio nome diz, é a disposição contratual que visa manter confidencial uma formação. Trata-se de obrigação de não fazer, posto que a parte que se obriga a manter algo confidencial acaba por se comprometer a não divulgar tais dados, sendo, portanto, uma obrigação negativa.

Este documento determinará um prazo entre 2 e 4 anos onde as partes assinantes estarão proibidas de integrar projetos que prestem o mesmo tipo de serviços ou mercadoria.

No contrato de Desenvolvimento de Software, o advogado de uma startup deverá tomar muito cuidado na elaboração deste contrato que envolve questões como: Tipo do Projeto; Cronograma, Entregáveis; Aprovações; Pagamentos; Propriedade Intelectual, Cláusula de Não-concorrência; Responsabilidade Pós-contratuais. Algumas startups fazem parceria com uma software house, com cessão de quotas, o que garante uma diminuição nos custos e maior interesse por parte da contratada.

Já no contrato Individual de Trabalho, como toda empresa, as startups deverão formalizar seus vínculos trabalhistas, imprescindível, principalmente para evitar problemas futuros, este contrato servirá para clarificar as diretrizes que o empregado deve seguir e para que uma empresa opere dentro da legalidade, tudo sob orientação de um profissional em Direito Trabalhista.

### **3. A IMPORTÂNCIA DO STARTUP NAS ÁREAS: DIREITO INTERNACIONAL, TRIBUTÁRIO E TRABALHISTA:**

No direito internacional, com a crescente expansão do ecossistema de inovação no cenário nacional e da relevância desses empreendimentos para a economia, fez-se necessária a importação de alguns institutos jurídicos internacionais de forma adaptada para o direito brasileiro, como por exemplo, os contratos de vesting e cliff.

Além disso, percebe-se um movimento regulatório das atividades típicas desse novo mercado como, por exemplo, com as manifestações da CVM sobre o EquityCrowdfunding (Instrução CVM 588) e ICO's (InitialCoinOfferings) e a publicação de leis como a lei complementar 155/2016 (Lei do Investidor Anjo) e lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

Assim, podemos dizer que o termo "direito das startups" surge como identificador de um microsistema jurídico composto de normas específicas e comuns aos direitos empresarial, civil, digital, contratual, trabalhista, intelectual, concorrencial e aos demais leis tradicionais que são aplicadas de forma contextualizada para se adequar a real necessidade do empreendedor.

A advocacia tributária pode realizar um planejamento tributário, pois dominar esse setor significa ter em mão uma ferramenta poderosa para estimular o crescimento. Na verdade o problema não chega a ser tão complicado, basta ter um pouco de conhecimento em duas áreas: Direito Civil e Direito Tributário. Sendo uma MEI, teria-se três formas para recolhimento de tributos Simples Nacional, Lucro Real ou Lucro



Presumido. Em caso de uma empresa com um faturamento de R\$ 860.000,00 mil anual, pelo Simples Nacional pagaria 16% de Imposto dependendo da alíquota do ISS do município, porém se opta pelo Lucro Presumido com esse mesmo faturamento deveria pagar 13,33% de imposto, dependendo também da alíquota do município onde está instalada.

Com relação ao ISS, é uma causa também de estudo para instalação de uma empresa, já que cada município tem sua alíquota, diferente do COFINS que é o mesmo no país inteiro. Fazendo um estudo deste a empresa poderá economizar milhares de reais ao ano.

A evolução do direito do consumidor em consonância com os avanços tecnológicos é apenas uma esfera da transformação do novo mundo que já paulatinamente se molda dia a dia. O aspecto virtual pertence a um futuro já existente, mas também possibilita a diversificação das oportunidades que se propagam no mesmo sentido em que o mercado se adapta, dentro de um quadro proporcionalmente amplo, pela expansão do consumo diante da nova economia do compartilhamento, onde o serviço se distribui escalonadamente, em detrimento do aperfeiçoamento compulsório do instrumento hábil regulador das relações de consumo.

Por tais razões, é nítido a gama de ramificações resultantes da instabilidade frenética do mercado, que possibilita inúmeras oportunidades no meio jurídico para os advogados que estiverem dispostos a se reinventarem diante de um cenário extremamente promissor, onde muito aprendizado será necessário para o alcance do êxito profissional.

O Direito do Consumidor que rege as relações entre as empresas e os consumidores, em seu art. 101, Inciso I do CDC garante ao consumidor, por fato do produto, propor ação em seu domicílio, ocorrendo então, com o grande alcance da internet, as startups podem ter que se locomover para lugares mais longínquos para se defender. Poderia-se apelar para o uso da arbitragem, porém o artigo 51, inciso VII, considera abusiva a cláusula contratual que estipula a adoção obrigatória de arbitragem.

No direito Trabalhista, regularizar os contratos de trabalhos dos funcionários. Em um ambiente flexível é muito comum que existam contratos informais, para evitar problemas com a Justiça do Trabalho cuida da contratação e das relações da startup com os seus empregados, o enquadramento sindical, que depende da forma como a empresa se enquadra, define qual será o sindicato que representará os seus empregados. Porque os direitos dos empregados de startups, assim como de qualquer empresa tradicional, estão previstos na Constituição Federal, na CLT e na convenção coletiva (também conhecida como dissídio). É muito comum que a

convenção garanta direitos e benefícios adicionais, como plano de saúde, assistência odontológica, vale alimentação, vale refeição.

A empresa, como já dito, é responsável pelo enquadramento, devendo considerar a atividade econômica preponderante da empresa; a localidade dos seus respectivos estabelecimentos. As startups, no Brasil acabam se enquadrando na área de tecnologia ou de processamento de dados, por terem software as a servisse (SaaS) como atividade e, não é esta sua atividade econômica preponderante.

Portanto, esse ajustamento ao sindicato correto é um item importante a ser observado pelo empreendedor orientado pelo seu advogado desde o planejamento da startup, sendo uma forma de evitar custos para a empresa que garante a possibilidade de negociar por meio de acordos coletivos com o sindicato de seus empregados, como formas de jornada, horas extras, intervalos, 13º salário, férias com adicional de 1/3, FGTS, INSS, IRRF.

O ambiente de trabalho em uma startup é mais definido para jovens, um ambiente mais líquido, relações e comunicações instantâneas, sem rotina e com menos burocracia, o que torna o dia a dia mais informal. Portanto acaba sendo comum que estas empresas permitam um horário de trabalho mais flexível, o que acaba se tornando um risco de ações trabalhistas ou fiscalizações.

Com a Reforma Trabalhista, as startups, viram uma saída para resolverem essa situação referente à jornada de trabalho, adotando medidas como identificar os empregados que se enquadram no conceito de cargo de confiança ou em regime de teletrabalho, da sua residência ou de um coworking ou de outro lugar de sua preferência.

## **5. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS**

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – Lei nº 13.709/2018 – dispõe sobre o tratamento de dados pessoais por pessoa natural ou jurídica. Ela altera o Marco Civil da Internet, trazendo mudanças importantes a diversas empresas.

Além disso, a LGPD entra em vigor em agosto de 2020. Então, falta menos de um ano para as empresas e o governo se preparem para ficar em conformidade com a lei. Assim, é possível evitar multas, prejuízos e práticas indevidas quanto ao uso de dados pessoais.

A Lei Geral de Proteção de Dados protege juridicamente o cidadão para que as suas informações pessoais não sejam utilizadas de forma indevida ou sem sua devida autorização.

Fica claro se pensarmos nos inúmeros startups em aplicativos gratuitos. Pois, o ganho financeiro desses modelos está, até agora, na captação dos dados de seus usuários para, então, usar de forma indevida, podendo até vendê-los para outra empresa. Infelizmente essa prática acabou sendo cada vez mais comum. Pensando nisso, nosso judiciário brasileiro criou normas necessárias e reguladoras para esse tipo de ação para proteger os dados pessoais dos cidadãos do país:

A lei 13.709/18 não serve apenas para empresas de tecnologia, mas, para qualquer empresa que possui algum dado pessoal de seu cliente e até mesmo as informações de seus colaboradores.

## **6. PROPRIEDADE**

É importante mencionar que o registro de patentes confere vários direitos ao seu titular, impedindo, por exemplo, que terceiros produzam, usem, coloquem à venda, vendam ou importem o produto ou processo objeto de patente sem o consentimento de seu titular.

Concede, ainda, o direito do titular da patente de receber indenização pela eventual exploração indevida do objeto patentado.

Entretanto, antes de responder a pergunta que intitula este item, vale frisar que a Lei de Propriedade Industrial (nº 9.279/1996) prevê que nem tudo poderá ser patentado.

No art. 10 desta legislação, tem-se um rol de hipóteses que não são consideradas aptas ao patenteamento, por exemplo: descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos; concepções puramente abstratas; regras de jogo; seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza; bem como programas de computador em si; modelos de negócio, dentre outros.

Além do mais, mesmo que o produto de sua Startup se enquadre na Lei nº 9.279/1996, deve-se lembrar que além da burocracia para obter a patente, há um alto custo envolvido nesse serviço.

## **7. AS INCIDÊNCIAS TRIBUTÁRIAS ÀS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELAS STARTUPS**

A complexa legislação tributária brasileira não facilita a vida das startups e o cenário acaba sendo intimidador para essas jovens empresas. De início, vale esclarecer que, para o Direito Tributário, uma startup é uma empresa como outra qualquer, sujeita aos mesmos tributos que as demais. Assim, sobre as atividades econômicas das

startups incidem Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), sendo que os primeiros e os dois últimos incidem sobre os mesmos montantes. O técnico desses montantes sobre os quais incidem os tributos é base de cálculo.

No caso de prestação de serviços, normalmente incide Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISS), mas existem serviços que se encontram sujeitos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), como ocorre em serviços de telecomunicação e, quando há processo de industrialização, ou importação, ou remessa de insumos para industrialização por encomenda, há também incidência de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)

A opção mais popular entre as startups, o Simples Nacional é um regime simplificado de apuração e arrecadação. A base de cálculo é a receita bruta e as alíquotas unificadas variam de acordo com as atividades desenvolvidas e o porte da empresa. Além da receita originada das atividades operacionais, incluem-se também na base de cálculo royalties, aluguéis e demais receitas decorrentes da cessão de direitos de uso.

## **8. A IMPORTÂNCIA DA ORIENTAÇÃO JURÍDICA**

Em primeiro lugar, qualquer tipo de contrato, especialmente os mais complexos, deve ser sempre personalizado, pois as relações contratuais ensejam direitos e obrigações específicas, de forma que a redação de outro instrumento pode ficar inadequada para este novo contrato.

De acordo com Alan Moreira Lopes e Tarcisio Teixeira (2016, p. 10):

(...) entre todos os aspectos jurídicos que precisam ser analisados antes da constituição de uma startup como sociedade empresária, é imprescindível formalizar as intenções e expectativas dos futuros sócios por meio de instrumentos para a celebração de negócios jurídicos contratuais.

Assim, para não ser pego de surpresa na hora de fechar o negócio, é imprescindível elaborar ou ter no seu banco de dados, um bom contrato, com a finalidade de aumentar a segurança da relação evitando litígios de qualquer natureza.

Ao redigir contratos específicos ou mesmo modelos, comumente se cometem equívocos, seja por conta da redação confusa, por falta de cláusulas essenciais ou por existirem disposições que não estão de acordo com os ditames da lei. Ocorre

que conhecer as cláusulas importantes de determinados contratos e saber como redigi-las adequadamente não é tão simples como pode parecer.

Neste sentido, vale ressaltar que o advogado ou consultor jurídico é o profissional habilitado para orientar e, se for o caso, elaborar o instrumento contratual adequado para a relação que está surgindo, evitando nulidades que prejudiquem a continuidade do vínculo. Isto porque eles estão atentos às novas exigências legais e atentos às mudanças introduzidas pelos Tribunais do país.

Assim, fica a advertência e a recomendação de que os serviços advocatícios para auxiliar nas negociações e na elaboração do contrato não devem ser subestimados, sendo sempre recomendável a contratação de um profissional.

Visivelmente, redigir um contrato revela ser processo complexo, mas não desanime, é possível simplificá-lo ao observar que a maioria dos instrumentos contratuais segue uma fórmula simples para além de suas peculiaridades.

## **9. O DESENVOLVIMENTO DA STARTUP NO BRASIL**

Considere-se que o cenário regulatório é bastante complexo no Brasil. O Marco Civil da Internet é uma legislação relativamente recente (Lei nº 12.965/14) e está sofrendo uma importante atualização. Em agosto de 2018 foi sancionada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) que estabelece a regulamentação para uso, proteção e transferência de dados pessoais no Brasil, nos âmbitos privado e público. A referência da matéria é o GDPR (General Data Protection Regulation), rígida regulação geral de proteção de dados aprovada pela União Europeia três meses antes.

A nova legislação brasileira estabelece quem são os envolvidos e quais são suas atribuições, responsabilidades e penalidades no âmbito civil. De forma clara e com a previsão de pesadas multas para os casos de não atendimento às obrigações, a LGPD objetiva garantir a privacidade dos dados pessoais e permitir um maior controle sobre eles, contribuindo para o desenvolvimento do setor no país. A LGPD entra em vigor em fevereiro de 2020.

## **10. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Para atuar na área de tecnologia, ou para uma startup, o profissional deve pensar em soluções estratégicas e assertivas para trazer a resposta mais adequada para seu cliente dentro de toda legislação existente. Não é exigido dresscode formal, mas uma forma bem objetiva de se comunicar, estar atento de que são empresas que podem não ter recursos financeiros no momento atual, porém existe possibilidade de crescimento rápido, sendo assim é um ambiente desafiador, instigante e

principalmente promissor, para aqueles que realmente querem crescer nesta área. Advogar para startups nos impõe uma atuação criativa, arrojada e dinâmica, compatível com a dinâmica do dia a dia. Dificilmente um cliente que está em fase de validação do negócio esperará dias por uma resposta no e-mail, justamente porque precisa ser ágil e aperfeiçoar o seu produto para lançá-lo no mercado. Apego ao tradicionalismo extremo e formalismo em excesso são dispensáveis. O importante é objetividade para viabilizar de forma segura a startup e o foco em vê-la escalar.

#### **REFERÊNCIAS:**

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 13. Ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEIXEIRA, Tarcisio; LOPES, Alan Moreira. **Startups e inovação: direito no empreendedorismo**. Barueri: Manole, 2017.

TITERICZ, R. **Caracterização dos fundos de investimento de capital de risco brasileiro**.

Dissertação de mestrado UFSC. Florianópolis, 2003.

TOMAZETTE, M. **Direito Societário e Globalização: rediscussão da lógica público-privada do direito societário diante das exigências de um mercado global**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

LIMIRO, Renaldo. **LC 155/16 e o investidor-anjo nas micros e pequenas empresas**. Disponível em:  
<[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI249788,71043LC+15516+e+o+investid  
or+anjo+nas+micros+e+pequenas+empresas](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI249788,71043LC+15516+e+o+investid+or+anjo+nas+micros+e+pequenas+empresas)>. Acesso em: 02/mar 2020.

OIOLI, Erik Frederico. **Manual de Direito para Startups**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

#### **NOTAS:**

[1] Docente do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru



## **CITAÇÃO CRIMINAL VIA WHATSAPP: EXPERIÊNCIA INOVADORA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA 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).

### **1.Introdução**

Em tempos de pandemia relacionada ao novo Coronavírus, doravante denominado Covid-19, muitos problemas têm ocorrido no âmbito dos Tribunais brasileiros.

Um desses desafios é o ato de citação, haja vista que, tradicionalmente, exige-se o contato físico do Oficial de Justiça com o destinatário da ordem judicial, o que, à toda evidência, poderá causar contaminação com o Covid-19 para ambos os envolvidos. Noutras palavras, um grande problema de saúde pública na medida em que os esforços do Poder Público têm sido, em sua maioria, pela política de isolamento social.

De acordo com o Código de Processo Penal (CPP):

Art. 351. A citação inicial far-se-á por mandado, quando o réu estiver no território sujeito à jurisdição do juiz que a houver ordenado.

Art. 357. São requisitos da citação por mandado:

I - leitura do mandado ao citando pelo oficial e entrega da contrafé, na qual se mencionarão dia e hora da citação;

II - declaração do oficial, na certidão, da entrega da contrafé, e sua aceitação ou recusa.

No mesmo norte, a Lei Federal nº 9.099/1995 aduz o seguinte:

Art. 18. A citação far-se-á:

I - por correspondência, com aviso de recebimento em mão própria;

II - tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado;

III - sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória.

A par desse cenário processual, é de se questionar: seria possível a realização do ato de citação criminal através do aplicativo denominado WhatsApp?

É esta a reflexão que se pretende realizar.

## **2.A experiência inovadora do Tribunal de Justiça de Alagoas**

Em notícia veiculada no site do Tribunal de Justiça de Alagoas, em 22/05/2020, constou a seguinte informação:

300 anos - 22/05/2020 - 16:01:07

Justiça de Alagoas realiza primeira citação criminal por Whatsapp

“Provavelmente é a primeira citação criminal via Whatsapp do País”, afirma o diretor da Central de Mandados da Capital

O Judiciário de Alagoas pode ter realizado a primeira citação virtual do Brasil na área criminal, nessa quarta-feira (20). A 3ª Vara Criminal de Maceió determinou, e o mandado foi cumprido pelo Núcleo de Inteligência dos Oficiais de Justiça, da Central de Mandados da Capital, utilizando o aplicativo Whatsapp.

A citação criminal é o ato pelo qual um cidadão fica sabendo da existência de um processo criminal contra sua pessoa. É diferente das intimações, que são comunicações feitas às partes durante o andamento do processo, como explica Gustavo Macedo, diretor da Central de Mandados da Capital.

“Provavelmente é a primeira citação criminal via Whatsapp do País. A citação é o principal ato de comunicação porque é o primeiro ato, no qual o juiz determina o chamamento da parte para ela se defender. Os atos por

Whatsapp tem acontecido aos muitos, mas para fins de intimação de processos, que não contam prazos?”, esclarece Gustavo.

Com a citação, começa a correr o prazo para que o acusado conteste as acusações. Dessa forma, o processo não fica parado durante a pandemia de Covid-19 e o regime de teletrabalho da Justiça. O procedimento está amparado pelo Ato Normativo Conjunto nº 11, da Presidência e da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Alagoas, de 15 de maio de 2020.

“Acho que é uma medida renovadora e necessária à atuação do Poder Judiciário, sempre compromissado com as boas práticas. Após a pandemia, o uso vai ser mais restrito, mas tenho certeza de que o novo normal vai trazer boas novidades para impulsionar o Poder Judiciário”, ressalta Gustavo Macedo.

Desde início do isolamento social, foram XX atos cumpridos pela Central. De acordo com diretor, o órgão está atuando com um volume menor de mandados, notadamente os mais urgentes, já que a orientação é evitar o contato presencial. No entanto, a ampliação das atividades de forma virtual minimizará o acúmulo de trabalho previsto para o pós-pandemia.

#### Núcleo

O Núcleo de Inteligência dos Oficiais de Justiça é coordenado por Mauro Faião e composto ainda por Daniele Torres, Dirlene Cavalcante Ramos e Gustavo Macedo, todos oficiais.

A função do setor é fazer o levantamento de dados para facilitar o cumprimento de ordens judiciais. Ele auxilia no cumprimento das determinações na área criminal e cível, e fornece apoio logístico para o cumprimento de mandados com maior periculosidade ou dificuldade, como reintegração de posse, prisões civis e afastamento do lar”. [1]

Transcrito isto é possível observar que, diante da pandemia acima narrada, tornou-se necessário desenvolver um olhar diferenciado acerca dos atos processuais, inclusive aqueles oriundos da seara criminal.

Pode parecer recente, mas, na realidade, a questão do uso do WhatsApp como ferramenta para a prática de atos do Poder Judiciário já foi enfrentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no bojo do Procedimento de Controle Administrativo nº 0003251-94.2016.2.00.0000, consoante acórdão abaixo lavrado ainda em 2017:

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL. INTIMAÇÃO DAS PARTES VIA APLICATIVO WHATSAPP. REGRAS ESTABELECIDAS EM PORTARIA. ADESÃO FACULTATIVA. ARTIGO 19 DA LEI N. 9.099/1995. CRITÉRIOS ORIENTADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS. INFORMALIDADE E CONSENSUALIDADE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. O artigo 2º da Lei n. 9.099/1995 estabelece que o processo dos Juizados será orientado pelos "critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação".

2. O artigo 19 da Lei n. 9.099/1995 prevê a realização de intimações na forma prevista para a citação ou por "qualquer outro meio idôneo de comunicação".

3. A utilização do aplicativo WhatsApp como ferramenta para a realização de intimações das partes que assim optarem não apresenta mácula.

4. Manutenção dos meios convencionais de comunicação às partes que não se manifestarem ou que descumprirem as regras previamente estabelecidas.

5. Procedência do pedido para restabelecer os termos da Portaria que regulamentou o uso do aplicativo WhatsApp como ferramenta hábil à realização de intimações no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Comarca de Piracanjuba/GO. (CNJ - PCA - Procedimento de Controle Administrativo - 0003251-94.2016.2.00.0000 - Rel. DALDICE SANTANA - 23ª Sessão - j. 23/06/2017)[2]

Essa tendência de flexibilização dos atos processuais em busca da efetividade do processo também encontra guarida no próprio CPP, à luz dos dispositivos abaixo que garantem a ausência de nulidade da citação se não houver prejuízo à acusação ou à defesa, admitindo-se tal alegação de nulidade como hipótese meramente argumentativa, haja vista que não se vê nulidade alguma no uso da ferramenta WhatsApp na seara criminal:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;

Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.

Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

Art. 570. A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.

Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas:

II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

No mesmo sentido, a Lei Federal nº 9.099/1995:

Art. 19. As intimações serão feitas na forma prevista para citação, ou por qualquer outro meio idôneo de comunicação.

Art. 92. Aplicam-se subsidiariamente as disposições dos Códigos Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.

A par disso, é importante registrar que a experiência narrada pelo Tribunal de Justiça de Alagoas se ajusta como uma luva às disposições normativas acima, pois vão ao encontro da prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal), evitando, aliás, impunidades decorrentes da morosidade judicial, a exemplo da prescrição.

Aqui vale observar que, apesar do instituto da prescrição, como causa extintiva da punibilidade, possa ser entendido como legítimo no Estado de Direito, a impedir o exercício do poder punitivo de forma ilimitada por amplo lapso temporal, seu uso desmesurado como estratégia processual, a partir do recurso a nítidas medidas

protelatórias da persecução penal, é apto a levar à impunidade dos eventuais responsáveis pela prática de crimes e delitos, gerando questionamento social sobre o próprio conceito de justiça.

Na doutrina, Fábio Guaragni já esclareceu o prejuízo da impunidade para a sociedade:

As razões pelas quais se apresenta a prescrição penal como verdadeiro fator de impunidade, apartando-se de sua original missão de atuar em níveis razoáveis - em termo de política criminal - como causa extintiva de punibilidade, encontram-se tanto na própria sistemática em que está vazado, no Código Penal brasileiro, o instituto, quanto no excessivo liberalismo que caracteriza a jurisprudência nacional em temas de direito penal.[3]

Volvendo os olhos para o caso em comento, paradigma na Corte Estadual de Alagoas, constou o seguinte texto na certidão disponibilizada no seu site:

#### Certidão

Certifico que, em análise dos autos, verifica-se que o réu não foi encontrado no endereço do mandado de fls. 43. Realizadas diligências complementares, o NIOJ localizou o número de telefone da ré. Considerando as orientações das autoridades de saúde e os atos normativos conjuntos 04/2020 e 11/2020 do Poder Judiciário Alagoano, em decorrência da pandemia Covid-19 e, uma vez confirmada a identidade da ré, CITEI (*apagado pela notícia*) através de seu telefone e aplicativo WhatsApp às 15:00 do dia 20/05/20. Por telefone, efetuei a leitura da ordem e, ato contínuo, enviei cópia do mandado, da decisão e da denúncia pelo aplicativo, havendo a imediata confirmação do recebimento. Finda a citação, a ré declarou não possuir condições financeiras para constituir advogado, bem como esclareceu que voltou a residir com seu pai no endereço do mandado. O referido é verdade e dou fé.

Endereço: (*apagado pela notícia*) Maceió/AL, próximo ao Mercadinho (*apagado pela notícia*)

Telefone e WhatsApp: (*apagado pela notícia*) [4]

Da leitura da certidão acima, por evidente, verifica-se que houve um diálogo efetivo entre as autoridades do Poder Judiciário e a ré, com total respeito aos



princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal). A parte citada, aliás, já informou a impossibilidade de constituição de advogado particular, sendo bastante provável que a Defensoria Pública Estadual assuma a sua causa, demonstrando, cabalmente, a ausência de prejuízos à acusação e à defesa, bem como quaisquer nulidades processuais. E se não há prejuízo, inexistente nulidade, de acordo com o princípio da *pas de nullité sans grief*.

### 3. Conclusão

Fica evidente que o uso de ferramentas tecnológicas, a exemplo do WhatsApp, ainda que na seara criminal, possui plenas condições de uso e adaptação, de modo a resguardar o direito constitucional ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.

De outro lado, com isso garante-se a efetividade da jurisdição ao se contribuir com a redução do cenário de impunidade na persecução criminal, trazendo à sociedade a segurança jurídica de que o Estado não será conivente com a prática de crimes e delitos, tanto no período da pandemia do Covid-19, quanto após este.

A experiência do Tribunal de Justiça de Alagoas com o uso do WhatsApp não só deve ser aperfeiçoada, mas também ampliada para outros feitos cíveis – além de adotada por outros ramos do Poder Judiciário – sem prejuízo do uso de novas ferramentas tecnológicas em prol da mesma ideia de modernidade nas relações entre o Poder Judiciário, as Funções Essenciais à Justiça e os jurisdicionados.

### 4. Referências bibliográficas

**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: 25 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. CP. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. CPP. 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: 25 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 9.099/1995. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2020.

\_\_\_\_. TJAL. Disponível em: <  
<https://www.tjal.jus.br/comunicacao2.php?pag=verNoticia&not=16853>>. Acesso  
em: 25 mai. 2020.

\_\_\_\_. CNJ. Disponível em: <  
<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/JurisprudenciaSearch.seam>>. Acesso em: 25 mai.  
2020.

GUARAGNI, Fabio. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

NOTAS:

[1] TJAL. Disponível em: <  
<https://www.tjal.jus.br/comunicacao2.php?pag=verNoticia&not=16853>>. Acesso  
em: 25 mai. 2020.

[2] CNJ. Disponível em: <  
<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/JurisprudenciaSearch.seam>>. Acesso em: 25 mai.  
2020.

[3] In **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 17.

[4] TJAL. Disponível em: <  
<https://www.tjal.jus.br/comunicacao2.php?pag=verNoticia&not=16853>>. Acesso  
em: 25 mai. 2020.

## TAXATIVIDADE MITIGADA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/15: EFEITOS NA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

**BRENDON MATHEUS OLIVEIRA GOMES:**

Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA Estagiário do Ministério Público do Estado do Piauí -MPPI

**MARCOS VITOR RODRIGUES DE CARVALHO** <sup>[1]</sup>

(coautor)

**FABRÍCIO DE FARIAS CARVALHO** <sup>[2]</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O princípio da duração razoável do processo é direito fundamental tutelado pela Constituição Federal de 1988, assegurando a todos à duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. A presente pesquisa tem por escopo analisar o precedente vinculante que reconheceu a tese da taxatividade mitigada do rol do art. 1.015 do CPC/2015, firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.696.396 – MT (2017/00226287-4), sob a sistemática dos recursos repetitivos, a fim de entender em que medida essa taxatividade mitigada pode influenciar na duração razoável do processo. Desse modo, através do método de abordagem indutivo, foi possível verificar que a decisão de tornar o rol do art. 1.015 do atual CPC em taxativo mitigado abrirá a possibilidade das partes, alegando urgência decorrente de uma inutilidade futura do recurso, tumultuar os órgãos *ad quem*, uma vez que mesmo não sendo cabível o agravo de instrumento, isto não trará nenhum prejuízo ao recorrente, acabando senão por acrescer mais tempo a duração do processo, tendo em vista que a quantidade de interposição de recurso contra decisões interlocutórias influencia diretamente na duração do processo, principalmente pelo efeito devolutivo e procedimento natural que o recurso segue.

**Palavras-chave:** Processo Civil, tese da taxatividade mitigada, duração razoável do processo.

**ABSTRACT:** The principle of reasonable duration of the process is the fundamental right protected by the Federal Constitution of 1988, therefore, it guaranteeing to everyone the right to a reasonable duration of the process and the means that guarantee the speed of its processing. The present research has as purpose to analyze the binding precedent that recognized the thesis of mitigated taxativity in the list of the article 1,015 of CPC/2015, signed by the High Court of Justice in REsp No. 1,696,396 - MT (2017/00226287-4), under a system of repetitive appeals, in order to understand to what way the mitigated taxativity can influence the duration

reasonable of the process. Thus, through the inductive approach method, it was possible to verify that the decision to become the list of the article 1.015 of the present CPC is mitigated exhaustive, it will open a possibility of the suitors, claiming urgency arising from a future uselessness of the postponed recourse, overcrowd the Courts of Justice, since even if the interlocutory appeal is not applicable, this will not cause any prejudice to the appellant, because in these cases there would be neither consummated preclusion, thus ending by adding more time to the duration of the process, considering that the amount of appeal against interlocutory decisions directly influences the duration of the trial, mainly due to the devolutive effect and the natural procedure that the resource follows.

**Keywords:** Civil Procedure, thesis of mitigated taxativity, reasonable duration of the process.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Duração razoável do processo. 2.1 Histórico. 2.2 Princípio da Duração razoável do processo no direito brasileiro. 3 Recorribilidade das decisões interlocutórias. 3.1 Recorribilidade das decisões interlocutórias: do CPC/1939 ao CPC/1973. 3.2 Agravo de instrumento no CPC/2015. 3.3 Natureza jurídica do rol do Art. 1.015 do CPC/2015. 3.4 Posicionamento do STJ em relação à natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/2015. 4 Os impactos do posicionamento do STJ na duração razoável do processo. 5 Conclusão. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio da duração razoável do processo é um direito fundamental previsto no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988, portanto, sendo visto como um mecanismo de proteção contra os abusos do Estado. Dessa forma, assegura a todos, tanto no âmbito judicial como administrativo, o direito à duração razoável do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Nesse mesmo sentido, a legislação infraconstitucional também se preocupou em positivizar esse direito tão importante, assim, o esculpiu nos artigos 4º e 139º, II, ambos do Código de Processo Civil, ratificando-se o zelo pela duração razoável do processo, como direito das partes e papel do juiz.

Nesse particular, não obstante o princípio da duração razoável ter sido expressamente consagrado em nosso ordenamento jurídico com a Emenda Constitucional nº 45/2004, observa-se que o legislador processual civil já o buscava desde muito antes. Prova disto se extrai da análise da recorribilidade das decisões interlocutórias, tema este passível de grandes discussões e mudanças legislativas ao longo da história do processo civil. Destarte, conforme se verá na presente pesquisa, a recorribilidade das decisões interlocutórias sempre esteve relacionada diretamente

com a busca por um processo célere e com uma duração razoável, para tanto, foi desenvolvido pesquisa bibliográfica, com método de abordagem indutivo, abordando estudos, doutrinadores, jurisprudência e matéria constitucional que versam sobre o tema.

Sob essa ótica, o legislador então editou o Código de Processo Civil de 2015, estabelecendo que a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias só seria possível nas hipóteses previstas no art. 1.015 do mesmo diploma, devendo as demais decisões interlocutórias serem impugnadas somente em preliminar de apelação ou contrarrazões. Todavia, não demorou muito para que litigantes impacientes com a espera de terem seus recursos analisados somente em preliminar de apelação levassem para os tribunais o questionamento sobre a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/2015.

Diante disso, no dia 5 de dezembro de 2018, o Superior Tribunal de Justiça através da sua Corte Especial em sede de Recurso Especial nº 1.696.396 – MT (2017/00226287-4) de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, sob a sistemática dos recursos repetitivos, firmou precedente processual vinculante no sentido de que o rol do Art. 1.015 possui como natureza jurídica uma taxatividade mitigada, ou seja, é possível recorrer imediatamente de decisões interlocutórias não previstas no rol do aludido dispositivo, desde que implementados certos requisitos no caso concreto. Em face de tal precedente, a presente pesquisa busca analisar em que medida a tese da taxatividade mitigada do rol do art. 1.015 do CPC/2015 pode influenciar no tempo de duração do processo.

Isso posto, na busca de responder a problemática revisou-se a bibliografia em direito processual civil com os temas de duração razoável do processo e tese da taxatividade mitigada do rol art. 1.015 do CPC/2015, bem como se verificou em que medida a tese da taxatividade mitigada pode influenciar no tempo de duração do processo.

## **2 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO**

### **2.1 Histórico**

O ideal de um processo que atenda a necessidade dos jurisdicionados dentro de um curto espaço de tempo é entendido como importante, e, por isso, almejado e articulado em muitos ordenamentos jurídicos por diferentes países durante toda a história, mesmo que não positivado da maneira que temos hoje no nosso ordenamento jurídico. Como leciona Jorge Luiz de Almeida (*apud* JOBIM, 2012), desde a Roma Antiga há essa preocupação com uma decisão em um tempo razoável, como se pode extrair do Decreto de Carlos Magno que autorizava o litigante a

mudar-se para a casa do juiz e por ele ser sustentado enquanto este não proferisse logo a sentença, a expressão “logo” deixa claro o cuidado em se ter uma decisão rápida.

Ainda cabe destacar que algumas Constituições já trataram de trazer a previsão do princípio da duração razoável do processo em seu corpo, como, por exemplo, a 6ª Emenda à Constituição dos EUA[3] em 1791, que trouxe expressamente a exigência de um julgamento rápido (*speedy trial*), bem como a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais[4], e esta por sua vez culminaria na Lei Pinto[5] (Legge 24 marzo 2011, nº 89) na Itália, em 2001, que buscou defender aplicação de tal princípio.

Ademais, essa busca por um processo de duração rápida ainda é manifestada em vários pactos e tratados internacionais, tais como Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de onde se apreende no seu artigo 9º.3 (grifo nosso) que “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e *terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade [...]*” e o Pacto de São José de Costa Rica, que apresenta no seu artigo 8ª. 1 (grifo nosso) as garantias judiciais, e dentre elas “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e *dentro de um prazo razoável [...]*”. Os mencionados pactos demonstram a atenção despendida a razoabilidade do processo como direito básico para se preservar a dignidade humana, tendo em vista que tais pactos versam sobre a defesa dos direitos humanos.

No Brasil, apesar de já ser signatário do pacto de São José da Costa Rica, o princípio da duração razoável do processo passou a ser expressamente uma exigência constitucional em nosso ordenamento jurídico com a vigência da Emenda 45/2004, introduzindo tal princípio no rol do artigo 5º, inciso LXXVIII como direito fundamental, isto é, como um mecanismo de proteção contra os abusos do Estado, assegurando a todos, e não somente no âmbito judicial, mas também no administrativo, o direito à duração razoável do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Por fim, o corpo infraconstitucional pátrio também trouxe previsão de tal princípio, o Código de Processo Civil brasileiro, em seus artigos 4º e 139, inciso II, traz a necessidade de zelo pela duração razoável do processo, como direito das partes e papel também do juiz.

## **2.2 Princípio da duração razoável do processo no direito brasileiro**

Inicialmente é importante salientar que o princípio da duração razoável do processo é considerado direito fundamental, tendo em vista que é elencado na



própria Constituição Federal e, como tal, é inerente à dignidade da pessoa humana e é dever do Estado buscar a promoção de mecanismo que possibilite a realização do que preceitua tal princípio.

A duração razoável do processo é um princípio autônomo do direito processual, embora os princípios complementem um ao outro a fim de se chegar a um resultado comum, que é efetivar o direito material. Dessa forma, a teoria defendida por uma parte da doutrina, como Daniel Mitidieiro, Dimas Ferreira Lopes, Américo Bedê Freire Júnior, de que para que o processo fosse considerado efetivo ele precisaria trazer segurança jurídica e ser realizado dentro de um prazo razoável passou a ser contestada, passando a ser defendida a teoria de que a efetividade não pode ficar adstrita a ideia de tempo, uma vez que a efetividade é a realização do direito material às partes, e que a demora ou atraso da entrega desse resultado não torna o processo não efetivo, mas antes o torna intempestivo, como por Rafael Fernandes Esteves, Marco Felix Jobim.

Assim, confirma a doutrina brasileira: “Ora, a efetividade do processo pode ocorrer se não realizada num prazo razoável. Não sendo tempestivo o processo, mas efetivado o direito material do autor, o processo não deixa de ser efetivado, apenas deixando de ser tempestivo.” (JOBIM, 2012, p. 104).

Diante disso, Bianchini, *et. al* (2012) lembra que a duração razoável não garante, por si só, uma justiça de qualidade nem a efetividade, uma vez que essa exige a segurança processual e um resultado mais próximo possível do direito material, e que o processo deve ser devido, ou seja, justo, equitativo, que não se pode admitir o sacrifício ao devido processo legal para atingir a celeridade.

Nesse sentido, afirma Bueno (2016) que o princípio da duração razoável quer é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam *racionalizadas, otimizados*, tornados mais *eficientes*, sem, para isso prejudicar o atingimento de seus objetivos mais amplos, isto é, a celeridade não pode comprometer outras garantias do processo, como o contraditório, ampla defesa, publicidade e motivação, entre outras, tendo em vista que estas demandam, por suas próprias características, *tempo* necessário para concretizarem-se.

Dessa maneira, o princípio da duração razoável do processo impõe que o processo deve ser realizado em tempo razoável, aceitável, plausível, ou seja, a decisão de mérito deve ser proferida em um prazo que preserve a segurança jurídica, isto é, dentro de um prazo que não sacrifique o devido processo legal, que possibilite um processo justo, por exemplo, com contraditório, ampla defesa, uma correta produção e análise das provas, porém sem demorar mais que o efetivamente necessário, mas

que atenda os anseios de quem busca a justiça em tempo hábil, sem causar lhes dano pela demora.

Acrescenta, ainda, Matos (2018), que o direito à um processo com duração razoável não abrange só o direito a obter uma sentença de mérito em prazo razoável, mas alcança também a tutela satisfativa da execução (CPC, art. 4º), e que é dever de todos os envolvidos no processo cooperar para que se obtenha a decisão de mérito, justa e efetiva, dentro de um prazo razoável (CPC, art. 6º).

Portanto, tal princípio impõe ainda uma efetivação da tutela executória nos mesmos moldes, em outras palavras, a execução do que foi decidido na sentença deve obedecer também a uma duração razoável, pois não adiantaria se a sentença viesse de modo célere, mas a concretização dessa decisão tardasse, tendo em vista que a efetivação do direito seria prejudicada da mesma forma. Dessa forma, de modo geral, preceitua o CPC/2015 art. 4º (grifo nosso) que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, *incluída a atividade satisfativa*.”.

Insta mencionar que o CPC/2015 destaca em seu art.139, II que o juiz deve “velar pela duração razoável do processo”, porém o aludido diploma em seu art. 6º afirma que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, desse modo, cabe a todos os envolvidos a prática de condutas que favoreçam para o bom caminhar do processo a fim de que o mesmo se realize de maneira célere e se finde dentro do almejado prazo razoável.

Assim, não é destinatário de tal princípio somente o Estado, mas também as partes e, nas palavras de Paulo Caliendo, “todos aqueles que podem influenciar na duração do processo [...] tal como Executivo e o Legislativo” (*apud* JOBIM, 2012, p. 88), englobando além dos membros do judiciário e seus servidores, terceiras pessoas “[...] convocadas, nas mais diversas situações, a colaborar com a Justiça, apesar de tão estranhas aos quadros oficiais quanto à lide” (MOREIRA, *apud* JOBIM, 2012, p. 88), como bancos, correios, entre outros. De maneira geral, tal princípio dá a todos, solidariamente, a responsabilidade de agir para se tenha um processo dentro de um tempo razoável, cada um dentro de suas atividades e desempenho de suas funções.

Consoante ao artigo 5º, LXXVIII da CF/88 que preceitua que “todos” têm direito à razoável duração do processo, apreende-se que qualquer pessoa física ou jurídica, nacionais e estrangeiros, bem como os entes despersonalizados, bem como o Estado, são titulares desse direito, sendo que cabe tanto autor como réu, ou mesmo um terceiro interveniente exercer seu direito à resolução de seu litígio em tempo razoável, parafraseando Jobim (2012).

Ademais, deve-se entender que a razoável duração de cada processo irá variar de acordo com cada caso concreto, pois cada caso é um caso e assim o que é razoável em um caso não será razoável para outro, porque cada caso tem suas particularidades e necessidades, e é importante que em cada caso seja respeitado o devido processo legal. Assim firma Bianchini, *et. al* (2012) que a duração razoável é algo indeterminado, devendo-se levar em conta algumas circunstâncias próprias de cada processo, como o número de processos sob a responsabilidade do julgador, a complexidade da causa e o comportamento dos litigantes.

Para entender melhor, imagine dois exemplos. O primeiro, um processo que os autos já venham suficientemente instruídos, tudo já está provado, já tem as provas para o juiz formar o convencimento dele. O segundo é um processo que é necessário ouvir testemunhas, pedir perícias para o convencimento do juiz. No primeiro, o juiz poderá julgá-lo antecipadamente (art. 355, CPC), a vista que já tem o suficiente para formar seu convencimento e o ordenamento o autoriza a tanto, nesse caso é claro que durará menos tempo e é razoável que o juiz tome logo a decisão, já o segundo durará mais, mas isso se dá porque se faz necessário a produção de provas, também é razoável que as produzam. Mas igualmente é notório que ambos têm duração razoável, pois perduram pelo prazo necessário para que seja tomada uma decisão justa, que respeite o contraditório, ou seja, o devido processo legal.

Nesse sentido, segundo Didier (2019) a Corte Europeia de Direitos Humanos apresenta três critérios que servem de parâmetro para se observar se o processo está tendo uma duração razoável, são eles: "a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) a atuação do órgão jurisdicional", o autor ainda acrescenta que no Brasil podemos acrescentar como critério a análise da estrutura do judiciário.

Por fim, segundo Fabiana Rodrigues Silveira (*apud* JOBIM, 2012), a morosidade no sistema processual se dá devido uma conjuntura não só judicial, mas também extraprocessual, ou seja, pela burocracia existente na administração pública; pelo ânimo litigante que os brasileiros têm em querer resolver tudo por vias judiciais, o que ocasiona uma grande demanda de processos no judiciário, e muitas vezes instigada pelos advogados; além do formalismo processual, do sistema recursal e do sistema de produção de provas.

Destarte, cabe ressaltar o que entende Araken de Assis (*apud* JOBIM, 2012, p. 91, grifo nosso): "O art. 5º, LXXVIII, da CF/88, antevê a existência de meios para assegurar a qualquer processo uma 'duração razoável'. [...] *também se pode compreender em tais 'meios' hábeis para agilizar o processo os mecanismos porventura existentes ou a instruir nas leis processuais*". Dessa maneira, a lei

processual deve ser pensada como um mecanismo na busca da duração razoável do processo e, nesse sentido, buscou-se caminhar no decorrer da história.

### **3 RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS**

Conforme o princípio da unicidade recursal, para cada decisão há um recurso adequado para atacá-la (NEVES, 2018). Atualmente, se extrai do Art. 1.015 do CPC/2015, que o recurso apto para impugnar as decisões interlocutórias previstas em seus incisos é o agravo de instrumento. No entanto, a impugnação de decisões interlocutórias sempre foi objeto de grandes discussões e mudanças legislativas ao longo da história do direito brasileiro.

Assim, mostra-se de suma importância uma breve análise do desenvolvimento histórico da recorribilidade das decisões interlocutórias por meio do recurso de agravo, uma vez que ao retornar ao passado é possível esclarecer as raízes, fundamentos e essência das mudanças legislativas a respeito dessa espécie recursal.

#### **3.1 Recorribilidade das decisões interlocutórias: do CPC/1939 ao CPC/1973**

O Código de Processo Civil de 1939 foi introduzido no ordenamento jurídico após a União reassumir a competência exclusiva para legislar acerca de direito processual, pois antes disso a competência tinha sido transferida aos estados. A sistemática de recorribilidade das decisões interlocutórias do referido diploma é facilmente vislumbrada da leitura da exposição de seus motivos, *in verbis*.

Aqui devem ser feitas algumas distinções que não são necessárias quando a decisão diz respeito à simples determinação dos fatos. *A primeira distinção é entre as falhas de processo que afetam materialmente os direitos das partes, isto é, que pela sua natureza hajam influído realmente no julgamento proferido, e aquelas que são de uma natureza menos importante ou puramente técnica, as quais, ainda que admitidas como erros, não dão motivos razoáveis para se acreditar que tenham impedido a parte agravada de apresentar inteiramente o seu interesse ou que tenham influído sobre o juiz, ou o juri, no proferir suas decisões.* Manifestamente, nos argumentos em favor da permissão de uma reforma da decisão, no caso de erros da primeira categoria, são mais fortes que no caso dos da segunda. Permitir os recursos em todos os casos em que se alegue estar errado o julgamento com relação à aplicação de regras, sejam ou não tais erros de natureza a se supôr que tenham afetado o julgamento, acarretará males

desproporcionados aos benefícios que se podem verificar em casos relativamente raros. *Abre a porta ao uso do direito de recorrer simplesmente com propósitos protelatórios, e aumenta as despesas do pleito, o que tudo trabalha em desfavor da parte fraca.* (BRASIL, 1939, p. 7, grifo nosso).

De acordo com a leitura acima, percebe-se que o intuito do CPC/1939 era possibilitar a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias somente em casos que as falhas processuais afetassem materialmente os direitos das partes, ou seja, que podiam influir materialmente no julgamento do mérito, do contrário, abrir-se-ia a porta ao uso do direito de recorrer com propósitos protelatórios, o que sem dúvidas atrapalharia a duração razoável do processo.

Por consectário lógico da exposição de motivos do CPC/1939, o agravo de instrumento, ao se materializar na legislação, tinha cabimento apenas contra decisões interlocutórias expressamente indicadas, ou seja, não poderia ser objeto de um agravo de instrumento qualquer decisão interlocutória, mas tão somente aquelas previstas no art. 842 do CPC/1939 ou em outras leis esparsas (DIDIER JR.; CUNHA, 2017).

Por outro lado, as demais decisões interlocutórias tinham sua recorribilidade a cargo de outros instrumentos recursais, como o agravo de petição e agravo nos autos do processo. O primeiro “era o recurso cabível de decisão ‘anormal’, ou seja, que pressupunha o término do procedimento sem decisão de mérito.” (WAMBIER, 2006, p. 57). O segundo tinha hipóteses taxativas previstas no Art. 851, I a IV do CPC/1939 e só era analisado quando da interposição de apelação.

A sistemática recursal existente no CPC/1939 foi alvo de muitas críticas, por exemplo, uma decisão poderia ser impugnada por mais de uma espécie recursal ou, ao contrário, não se enquadrava em nenhuma modalidade recursal existente, isto acabava gerando uma insegurança jurídica quanto ao meio de impugnação adequado (BRASIL, 2018).

Como consequência da existência de possíveis decisões irrecorríveis, as partes começaram a utilizar outros meios, estranhos aos recursos, com o escopo de tentar impugnar tais decisões. (WAMBIER, 2006). Todo meio de impugnação de decisão judicial que não se enquadra como recurso recebe o nome de sucedâneo recursal, os principais sucedâneos que passaram a ser utilizados para suprir a lacuna da irrecorribilidade foram: o mandado de segurança, a correção parcial e ação rescisória.



Da má experiência com o CPC/1939, quando da elaboração do projeto de lei que deu origem ao Código de Processo Civil 1973, Alfredo Buzaid (1974) fez questão de, na exposição de motivos, destacar a importância de uma nova sistemática recursal, principalmente no que diz respeito à possibilidade de se recorrer imediatamente das decisões interlocutórias. Assim, oportuna é a transcrição do trecho da exposição de motivos:

15. Outro ponto é o da irrecorribilidade, em sentido separado, das decisões interlocutórias. *A aplicação deste princípio entre nós provou que os litigantes, impacientes de qualquer demora no julgamento do recurso, acabaram por engendrar esdrúxulas formas de impugnação. Podem ser lembradas, a título de exemplo, a correção parcial e o mandado de segurança. Não sendo possível modificar a natureza das coisas, o projeto preferiu admitir agravo de instrumento de todas as decisões interlocutórias.* (BRASIL, 1974, p. 19, grifo nosso).

A inovação do CPC/1973 ficou por conta da modificação do cabimento do agravo, assim, o recurso passou a ser cabível contra toda decisão interlocutória, sendo subdividido em duas modalidades, em que cabia inicialmente ao agravante escolher se queria um exame imediato (agravo de instrumento) ou aguardar a análise junto com a possível apelação (agravo retido). Como consequência lógica, os agravos de petição e o auto do processo foram extintos. O intuito do legislador, conforme se vê no trecho acima, foi baseado em dois argumentos, são eles: evitar decisões irrecorríveis e evitar o uso de instrumentos de impugnações judiciais estranhos ao quadro de recursos.

Ocorre que, tal finalidade não se mostrou bem sucedida, pois o agravo ainda possuía características que possibilitavam a utilização de sucedâneos recursais para a proteção do interesse das partes. A título de exemplo, pode-se citar o fato de que o efeito suspensivo só era concedido mediante incidência das hipóteses estabelecidas no Art. 558 daquele diploma, o que acabava incentivando o uso de mandado de segurança visando à concessão do efeito fora do rol estabelecido (BRASIL, 2018).

Na tentativa de tornar o processo mais sincrético, foram necessárias algumas reformas, a primeira se deu através da Lei nº 9.139/95, sendo esta responsável por estabelecer que o agravo de instrumento fosse interposto no juízo *ad quem* e que "o relator podia conceder efeito suspensivo, desde que configuradas as hipóteses descritas no art. 558, do CPC-1973" (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p. 236), ou seja,



poderia o relator do processo conceder o efeito suspensivo fora das hipóteses legais, desde que preenchessem os requisitos de lesão grave ou de difícil reparação e que possuísse fundamentação relevante.

Outra reforma que merece ser frisada ocorreu no ano de 2005, por meio da Lei 11.187/05 e foi responsável por modificar o cabimento do agravo de instrumento, a referida alteração se mostra de essencial importância para o presente artigo, pois ela estabeleceu como regra que o agravo de instrumento se daria na modalidade retida e excepcional na modalidade instrumental. A modalidade instrumental, de acordo com o alterado art. 522 do CPC/1973, só seria possível se demonstrado que a decisão ora impugnada fosse passível de causar lesão grave ou de difícil reparação. Diante disso, infere-se que a finalidade da alteração legislativa foi justamente trazer racionalidade e celeridade ao judiciário, indo na contramão da ideia originária do CPC/1973 e retomando o espírito do CPC revogado.

Neste diapasão, corroborando com as ideias trazidas à baila, relata Theodoro Júnior (2019) que as alterações promovidas no CPC de 1973, dentre elas, a da lei 11.187/05, demonstrava a preocupação do legislador com o excesso tumultuado do uso de agravo de instrumento, que, de acordo com as reclamações dos tribunais, atrapalhava o curso e julgamento dos demais recursos em sede de segunda instância.

### 3.2 Agravo de instrumento no CPC/2015

Conforme informado anteriormente, o agravo no CPC/1973 era subdividido em duas espécies, a saber: agravo retido e agravo de instrumento, sendo o agravo um gênero apto a impugnar por meio dessas espécies as de decisões interlocutórias. Em que pese o Código Buzaid ter sido objeto de reformas que buscavam a racionalidade e a celeridade, parece que tal objetivo ainda não tinha sido alcançado efetivamente. Sob essa ótica, veio o então Código de Processo Civil de 2015 com uma nova roupagem de cabimento para o agravo.

No CPC/2015, o agravo retido é extinto e o agravo de instrumento passa a ter cabimento apenas quando se tratar de decisões interlocutórias que se encontram expressamente previstas no rol do Art. 1.015 do atual código, *ex positis*:

- Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
- I - tutelas provisórias;
  - II - mérito do processo;
  - III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
  - IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
  - VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
  - VII - exclusão de litisconsorte;
  - VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
  - IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
  - X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
  - XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º ;
  - XII - (VETADO);
  - XIII - outros casos expressamente referidos em lei.
- Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Insta esclarecer, com base na leitura do inciso XIII do art. 1.015 do CPC/2015, que caberá também agravo de instrumento em outros casos previstos em leis extravagantes ou mesmo no próprio Código de Processo Civil vigente. A título de exemplo, como bem relembra Neves (2018), pode-se citar a possibilidade prevista no art. 17, § 10, da Lei 8.429/1992, que permite cabimento de agravo de instrumento contra decisão que recebe petição inicial em ação de improbidade administrativa. O próprio CPC/2015 em seu Art. 1.027, § 1º, prevê a possibilidade de agravo de instrumento dirigido ao Superior Tribunal de Justiça contra decisões interlocutórias proferidas em ações internacionais em que foram partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismos internacionais e, de outro, Município ou pessoa residente no Brasil.

No tocante às decisões interlocutórias que não encontram previsão no rol do art. 1.015 do atual CPC, poderá haver impugnação por meio de preliminar de apelação ou contrarrazões (art.1.009, § 1º, do CPC/2015). Aliás, o próprio CPC/2015 cuidou de reformular o regime de preclusões, pois essas decisões interlocutórias que não são agraváveis de imediato não serão cobertas pela preclusão, senão depois de transcorrido o prazo legal para interposição de apelação ou contrarrazões.

Com a possibilidade de postergar o momento de impugnar as decisões incidentais no curso do processo para as razões de apelação e com um rol taxativo das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, o legislador procurou preservar os poderes de condução do processo do juiz (de primeiro grau) e ter um desenvolvimento do procedimento comum de uma maneira bem mais simples (MARIONONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019).

Sobreleva notar que no anteprojeto do Código de Processo Civil se cogitou a aprovação de dispositivos que impedissem totalmente a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, a exemplo do que ocorre na Justiça do Trabalho. No entanto, chegou-se à conclusão que em casos como na liquidação, no cumprimento de sentença e na execução são justamente as questões incidentais que merecem ser analisadas, até porque são elas que ordenam a fase procedimental, não sendo possível retirar a possibilidade de recorrer imediatamente das decisões interlocutórias nessas circunstâncias (DONIZETTI, 2019).

Assim, o legislador, sem querer abrir mão da racionalidade e celeridade processual, se viu obrigado a resguardar o recurso de agravo de instrumento para situações que podem causar prejuízo às partes, situações essas esculpidas justamente no rol do Art. 1.015 do CPC/2015. Na esteira dos pontos aqui tratados, corrobora-se a intenção do legislador através da exposição de motivos da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto do CPC/2015:

*Bastante simplificado foi o sistema recursal. Essa simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa. Em vez disso deu, de acordo com o objetivo tratado no item seguinte, maior rendimento a cada processo individualmente considerado.*

Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, sido alterado o regime das preclusões. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalta-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento do julgamento será o mesmo; não o da impugnação (...). (BRASIL, 2015, p. 33-34, grifo nosso).

Diante do exposto, percebe-se a intenção do legislador em querer simplificar o sistema recursal. Contudo, preocupou-se ainda em explicar que essa simplificação não restringe o direito de defesa, mas na verdade, confere maior rendimento a cada processo quando analisado através de uma ótica individualizada.

### **3.3 Natureza Jurídica do rol do Art. 1.015 do CPC/2015**

Todavia, em que pese o legislador tenha optado de forma política pela a taxatividade do rol das decisões interlocutórias agraváveis, a doutrina bem como a

jurisprudência passaram a especular uma real natureza jurídica do Art. 1.015 do CPC/2015. Dessa maneira, três eram as principais teses que tratavam do assunto, são elas: i) o rol possui natureza taxativa devendo ser interpretado de modo restritivo; ii) o rol realmente é taxativo, mas é passível de interpretação extensiva ou analógica; iii) o rol é meramente exemplificativo (BRASIL, 2018).

A tese de que o rol possui natureza taxativa devendo ser interpretado de modo restritivo, basicamente corrobora com o entendimento de respeito à escolha política do legislador, pois esta foi feita de modo claro. Ademais, os adeptos dessa tese entendem que as partes que optaram por não utilizar o recurso de agravo de instrumento para impugnar decisões que estejam fora do aludido rol não poderiam ser posteriormente surpreendidas pela preclusão. Portanto, para eles o rol do Art. 1.015 é taxativo e deve ser interpretado restritivamente. Podem-se citar como defensores da aludida tese: José Henrique Mouta Araújo e Heitor Vitor Mendonça Sica.

Em relação à tese de que o rol é taxativo, mas que seria possível o uso da interpretação extensiva ou analógica, os defensores dessa tese, como por exemplo, Teresa Arruda Alvim e Cássio Scarpinella Bueno, entendem que o rol do Art. 1.015 do CPC/2015 realmente é taxativo, no entanto, isso não obsta a utilização de interpretações como a extensiva ou analógica quanto às hipóteses de decisões agraváveis, tais interpretações seriam necessárias para tutelar outros casos semelhantes aos que encontram previsão no rol do artigo ora analisado.

Por fim, tem-se a tese que defende que o rol é meramente exemplificativo. Para essa corrente, seria possível se recorrer de decisões interlocutórias por meio de agravo de instrumento de maneira imediata, mesmo que a decisão atacada não encontre previsão nos incisos do Art. 1.015 ou ainda sem que se utilize para este a interpretação extensiva ou analógica. Os requisitos para a utilização do agravo de instrumento seriam a existência do interesse recursal combinado com a inutilidade futura da impugnação por intermédio de apelação. Dentre os defensores dessa tese, pode-se citar William Santos Ferreira.

### **3.4 Posicionamento do STJ em relação à natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/2015**

No dia 5 de dezembro de 2018, o Superior Tribunal de Justiça através da sua Corte Especial em sede de Recurso Especial nº 1.696.396 – MT (2017/00226287-4) de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, sob a sistemática dos recursos repetitivos, firmou precedente processual vinculante no sentido de que o rol do Art. 1.015 do CPC/2015 possui como natureza jurídica uma *taxatividade mitigada*, ou seja, é

possível recorrer imediatamente de decisões interlocutórias não previstas no rol do aludido dispositivo, desde que implementados certos requisitos no caso concreto.

Em seu voto, a relatora explicou que a tese consiste no estabelecimento de um critério objetivo pautado na urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação, por exemplo, em relação à controvérsia de competência, não seria razoável que o processo tramitasse no juízo incompetente durante um grande prazo e somente na oportunidade da análise da apelação seja reconhecida a incompetência e determinado o retorno ao juiz competente. De acordo com a Ministra Nancy Andrighi, ocorreria um grande prejuízo em relação à atividade jurisdicional que tramitou no juízo incompetente e que precisará ser refeito, ainda que em parte, dependendo do tipo de incompetência, se absoluta ou relativa, e dos atos processuais que ainda possam ser aproveitados, portanto, a Ministra entende que nesse caso existe uma urgência de reexame sob pena da inutilidade dos atos praticados pelo juízo incompetente (BRASIL, 2018).

Assim, passou a ser possível recorrer imediatamente de decisões interlocutórias que não possuem previsão no Art. 1.015 do CPC/2015, desde que em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito da urgência, pouco importando se a decisão agravada seria passível de interpretação extensiva ou analógica com aquelas previstas no rol das decisões agraváveis, pois, para a Ministra, nem mesmo esses mecanismos de interpretação legislativa poderiam englobar todo o universo de situações possíveis (BRASIL, 2018).

Na realidade, a Ministra, ao proferir seu relatório, entendeu pela existência de uma quarta tese quanto à natureza jurídica do rol do Art. 1.015 do CPC/15, nesse sentido:

*Como se percebe, o entendimento aqui exposto pretende, inicialmente, afastar a taxatividade decorrente da interpretação restritiva do rol previsto no art. 1.015 do CPC, porque é incapaz de tutelar adequadamente todas as questões em que pronunciamentos judiciais poderão causar sérios prejuízos e que, por isso, deverão ser imediatamente reexaminadas pelo 2º grau de jurisdição.*

De igual modo, deve ser afastada a possibilidade de interpretação extensiva ou analógica das hipóteses listadas no art. 1.015 do CPC, pois, além de não haver parâmetro minimamente seguro e isonômico quanto aos limites que deverão ser observados na interpretação de cada conceito, texto ou palavra, o uso dessas técnicas hermenêuticas também não será suficiente para

abarcam todas as situações em que a questão deverá ser reexaminada de imediato – o exemplo do indeferimento do segredo de justiça é a prova cabal desse fato.

Finalmente, também não deve ser acolhido o entendimento de que o rol do art. 1.015 do CPC é meramente exemplificativo, pois essa interpretação conduziria à repriminção do art. 522, caput, do CPC/73, contrariando frontalmente o desejo manifestado pelo legislador de restringir o cabimento do recurso, o que não se pode admitir. (BRASIL, 2018, p. 45, grifo nosso).

Conforme informa em seu voto, a Ministra pretendeu afastar a taxatividade inerente da interpretação restritiva, uma vez que essa tese não é suficiente para enquadrar todas as possibilidades de decisões interlocutórias capazes de gerar prejuízos para as partes do processo. Da mesma forma, afastou também a possibilidade da utilização de interpretação extensiva ou analógica sobre o rol taxativo, pois em sua opinião tal corrente carece de limites previamente estabelecidos e seguros, necessários para uso dos mecanismos de interpretação, além disso, essa corrente não deixa de ser igualmente insuficiente quanto às possibilidades de decisões agraváveis que merecem análise imediata. Decidiu ainda, por não adotar o entendimento que o rol é exemplificativo, pois entendeu que isso seria o mesmo que ir de encontro com a vontade do legislador do CPC/2015.

A Ministra relatora Nancy Andrighi afirmou ainda, em seu voto vencedor, que a possibilidade de se interpor agravo de instrumento quando se tratar de decisão que necessite de reexame em razão do requisito de inutilidade futura estaria adstrito a um duplo juízo de admissibilidade, ou seja, teria a parte que demonstrar a existência do requisito especial (urgência), bem como teria o órgão julgador que entender pela necessidade do reexame.

Todavia, apesar de o voto da ministra relatora ter se consagrado como vencedor em sede do recurso especial, não se pode olvidar do posicionamento divergente trazido pela Ministra Thereza de Assis Moura, que defendeu a manutenção da taxatividade do rol do Art. 1.015, respeitando a opção do legislador em limitar as decisões passíveis de recurso de agravo de instrumento, não devendo o STJ intervir na autonomia legislativa (BRASIL, 2018).

Como bem ressalta a Ministra Thereza de Assis Moura, o legislador, ao elaborar o CPC/2015, não desacolheu determinadas decisões interlocutórias da possibilidade de serem impugnadas por vias recursais, na verdade, ele apenas atrasou o momento em que essas decisões seriam reexaminadas, justamente visando



uma duração razoável do processo, por isso se preocupou categoricamente em readaptar o regime das preclusões. Ademias, afirma a ministra: “a utilização do critério da urgência proposto pela relatora, creio eu, poderá gerar insegurança jurídica quanto ao instituto da preclusão” (BRASIL, 2018, p. 64).

Com efeito, nem de todo o contraditório são os entendimentos das ministras, pelo contrário, ambas convergem para o fato que o rol do Art. 1.015 do CPC é insuficiente para tutelar todas as decisões que necessitam de um reexame imediato. No entanto, a Ministra Maria Thereza entende que não é função do Judiciário estabelecer outras possibilidades diferentes das previstas taxativamente pelo legislador, principalmente pelo fato de ser uma escolha feita e ratificada pela exposição de motivos que ensejou o CPC/2015 (BRASIL, 2018). Assim, para a Ministra Thereza, a segurança jurídica só poderia ser mantida se as alterações fossem feitas pelo próprio Poder Legislativo.

#### **4 OS IMPACTOS DO POSICIONAMENTO DO STJ NA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO**

No Brasil, a morosidade é um problema dentro do judiciário. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em seu relatório ‘Justiça em Número’ de 2019, páginas 148 e 150, em sede de 1º grau, em média um processo pendente na Justiça Federal, na fase de execução, demora 8 anos e 1 mês, já na Justiça Estadual um processo leva 6 anos e 4 meses, sem contar o tempo de julgamento na fase de conhecimento e excluídas as execuções penais, e além desse tempo no 1º grau, alguns processos seguem para as demais instâncias. Quanto ao tempo da baixa, somente na fase de execução, este em Vara Federal, é de 7 anos e 7 meses e, em Vara Estadual, é de 7 anos e 6 meses.

De outra banda, era sabido que a EC 45/2004 tinha o intuito de provocar uma diminuição do tempo de duração do processo, mas que para isso se faz necessário um bom empenho dos envolvidos e uma legislação processual eficiente, como esclarece Bonício (2016).

Desse modo, de acordo com tudo aqui apresentado nota-se um esforço do legislativo em aplicar os preceitos constitucionais para se ter um processo com duração razoável, sendo pensado maneiras de se reduzir as causas da morosidade processual. Dessarte, o CPC foi idealizado na busca por essa duração razoável do processo, objetivando atenuar o formalismo processual, do sistema recursal, como vem sendo demonstrado. Nesse sentido, afirma a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em seu voto que negou provimento ao Recurso Especial nº 1.696.396- MT (2017/ 0226287-4) (grifo nosso):

*Como cedição, o Novo Código de Processo Civil, objetivando maior celeridade na fase de conhecimento, optou por elencar as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias, postergando para o julgamento da apelação, em preliminar, a recorribilidade das situações não expressamente previstas, sendo o agravo retido abolido do sistema processual.*

*O legislador, ao eleger a regra processual, enumerou exhaustivamente as decisões interlocutórias impugnáveis por agravo de instrumento e determinou, no §1º do art. 1.009, que versa sobre apelação, que as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.*

Para entender como a restrição do cabimento do agravo de instrumento influencia na duração do processo, deve-se lembrar que aludido recurso possui efeitos e dentre eles está o efeito devolutivo. Por tal efeito, interpretando as palavras de Bueno (2016), a matéria poderá ser examinada pelo órgão julgador do recurso através da impugnação do recorrente, ou seja, é a capacidade do recurso de devolver ao órgão competente para reanálise da matéria impugnada e um novo julgamento do que foi decidido.

Diante de isso, conclui-se que a quantidade de interposição de recursos contra decisões interlocutórias influencia diretamente na duração do processo uma vez que, pelo efeito devolutivo, a decisão retorna para ser revista a fim de que seja alterada, reformada e isso exige tempo. Sem mencionar todo o processamento que o recurso segue, que, certamente, demanda tempo, sendo aqui importante destacar que o recurso tramita em juízo *ad quem*, isto é, em juízo diferente do que proferiu a decisão.

Desse modo, segundo o relatório Justiça em Números de 2019 do CNJ, página 148:

Em geral, o tempo médio do acervo (processos pendentes) é maior que o tempo da baixa, com poucos casos de inversão desse resultado. As maiores faixas de duração estão concentradas no tempo do processo pendente (...).

Isto é, o tempo que os processos pendentes demoram no acervo é maior que o tempo para serem solucionados. De tal maneira, resta claro que a interposição de tal recurso influencia na quantidade de processos pendentes e pode acabar tumultuando a quantidade de processos que os juízos terão de julgar, uma vez que o juízo *ad quem* possui processos originários e outros recursos para processar e julgar.

Além disso, insta destacar o que afirma a relatora do aludido Recurso Especial, ao abordar sobre a preclusão na hipótese de rol taxativo mitigado do art. 1.015, CPC:

Dito de outra maneira, o cabimento do agravo de instrumento na hipótese de haver urgência no reexame da questão em decorrência da inutilidade do julgamento diferido do recurso de apelação está sujeito a um duplo juízo de conformidade: um da parte, que é interporá o recurso com a demonstração de seu cabimento excepcional; outro, do Tribunal, que reconhecerá a necessidade de reexame com o juízo positivo de admissibilidade. Somente nessa hipótese a questão, quando decidida, estará acobertada pela preclusão.

Significa dizer que, quando ausentes quaisquer dos requisitos acima mencionados estará mantido o estado de imunização e de inércia da questão incidente, possibilitando que seja ela examinada, sem preclusão, no momento do julgamento do recurso de apelação.

Assim, a decisão de tornar o rol do art.1.015, do CPC em taxativo mitigado abre a possibilidade das partes, alegando a urgência da impugnação da decisão interlocutória que quer atacar, interpor agravo de instrumento mesmo que não o seja e assim não sendo cabível, já que a interposição equivocada não trará consequência nenhuma a parte, nem mesmo haverá preclusão consumativa do recurso. E isso acaba por crescer mais tempo a duração do processo.

Para visualizar melhor, pode-se citar o exemplo da Justiça do Trabalho, quando se fala em processo célere, o processo do trabalho é modelo de celeridade tendo em vista os números que apresenta. De acordo com o relatório Justiça em Número de 2019 do CNJ, gráfico da página 150, no 1º grau, o tempo médio para sentenciar um processo, na fase de conhecimento, nas Varas do Trabalho, é de 9 meses apenas e o tempo médio de um processo pendente é de 1 ano e 5 meses. Já na fase de execução, um processo demora 2 anos e 9 meses para se chegar na sentença e os processos pendentes demoram 4 anos e 1 mês.

Diante disso, destaca-se que justiça do trabalho atua guiada, dentre outros, pelo princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, art. 83, §1<sup>a</sup>, da CLT. Assim, defende Leite (2020) que, pelo princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, a apreciação das impugnações contra as decisões interlocutórias somente será admitida em recursos interpostos contra a decisão final (sentença, acórdão e algumas decisões interlocutórias), sendo os art. 995 e 1.015 do CPC incompatíveis com princípio da celeridade que informa o processo do trabalho, assim não são aplicáveis no processo do trabalho.

Desse modo, pelo princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias o processo civil se diferencia do processo do trabalho, no sentido de que neste a regra é que as decisões interlocutórias sejam impugnadas em recurso contra decisão final, isto é, sentença e acórdãos, e somente excepcionalmente decisões interlocutórias, nos termos da súmula 214, do TST, tudo em prol da celeridade processual. Já no processo civil houve apenas uma restrição das decisões interlocutórias que podem ser recorridas, sendo as demais excepcionalmente impugnadas em recurso contra decisão final, ou seja, apenas as decisões que estariam fora do rol do art. 1.015, do CPC.

Destaca-se que essa possibilidade de irrecorribilidade imediata do processo do trabalho foi cogitada para o processo civil, entretanto, se entendeu que não caberia a este, contudo, resta claro a intenção de encontrar uma forma de restringir a interposição de recursos com o objetivo de proporcionar mais rapidez ao processo, o que demonstra uma semelhança e proximidade entre essas duas formas de recorribilidade, isto é, a intenção de se ter um processo mais célere.

Portanto, infere-se que se a restrição do uso de recursos para decisões interlocutórias adotada pelo novo CPC, em seu art. 1.015, implica em redução do tempo de duração do processo, dado que haverá a diminuição no número de interposição de recursos até se chegar ao fim da atividade satisfativa, a contrário senso, pode-se concluir que, se houver abertura de possibilidade de interposição de recursos, tardará mais a se chegar ao fim do processo, tendo em vista que haverá maior probabilidade de incidência de interposição de agravo de instrumento. Ademais, como demonstrado anteriormente, o maior tempo de duração está nos processos pendentes, desse modo havendo maior número de recursos interpostos, haverá, por conseguinte, aumento no número de processos pendentes o que gerará mais demora.

## **5 CONCLUSÃO**

Em que pese a recorribilidade das decisões interlocutórias tenha sido objeto de grandes discussões e mudanças legislativas desde o CPC/1939 até o CPC/2015, não se pode negar que o legislador se mostrou sempre preocupado em proporcionar um processo racional e célere, prezando por uma duração razoável.

Destarte, conforme analisado na presente pesquisa, o Legislativo também é incumbido de velar pela duração razoável do processo, pois este é um princípio fundamental previsto no art. 5º, LXXVIII da CF/88 e, como tal, é inerente à dignidade da pessoa humana, assim, é dever do Estado buscar a promoção dos meios que garantam a celeridade da tramitação processual e, por conseguinte, a sua razoável duração. Desta feita, o Legislativo não poderia contribuir de maneira mais efetiva senão editando normas processuais, o que fez com a elaboração do Código de Processo Civil de 2015 ao estabelecer, em seu art. 1.015, um rol taxativo das decisões interlocutórias passíveis de agravo de instrumento.

Não obstante a isto, no que pertine à tese da taxatividade mitigada firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, sob sistemática dos recursos repetitivos, verificou-se que entender o rol do art. 1.015 do CPC/2015 como taxativo mitigado abrirá a possibilidade dos litigantes, alegando urgência decorrente de uma inutilidade futura do recurso diferido da apelação, tumultuar os órgãos *ad quem*, uma vez que mesmo não sendo cabível o agravo de instrumento, isto não trará nenhum prejuízo ao recorrente, pois nesses casos nem se quer ocorreria a preclusão consumativa.

Destarte, tal precedente vinculante igualmente irá afetar a duração razoável do processo na medida em que retira o maior rendimento a cada processo quando individualmente considerado, indo de contramão do espírito do CPC/2015, tendo em vista todo o procedimento e rito que o recurso segue.

Todavia, malgrado as considerações feitas sobre a tese da taxatividade mitigada, esta não pode ser entendida como de todo mal. Pelo contrário, não se pode negar que o rol do art. 1.015 é insuficiente para tutelar todas as decisões interlocutórias que necessitem de um reexame imediato. No entanto, não parece ser função do judiciário estabelecer outras possibilidades diferentes das previstas taxativamente pelo legislador, principalmente pelo fato de ser uma escolha feita e ratificada pela exposição de motivos que ensejou o CPC/15, visando principalmente à duração razoável do processo.

## REFERÊNCIAS

AS 11 EMENDAS DA CONSTITUIÇÃO DOS EUA OPROMULGADAS EM 1798. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 20 dez. 1998. Disponível

em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs20129807.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BIANCHINI, A.; SA, R. M. D.; FREIRE, R. C. L.; GOMES, L. F. **LIV DIG SABERES DO DIREITO 22 - PROCESSO CIVIL I: TEO DID AL**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONÍCIO, M. **Princípios do Processo no Novo Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em 29 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, [1939]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm). Acesso em: 30 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939**. Decreto-lei 1.608 de 18 de setembro de 1939. Rio de Janeiro, [1939]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso em: 20 out. 2019.

\_\_\_\_\_. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973**. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Brasília, [1974]. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 20 out. 2019.

\_\_\_\_\_. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015**. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Brasília, [2010]. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 30 nov. 2019.



\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.869 de 11, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, [1973]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm). Acesso em: 30 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005.** Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. Brasília, [2005]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11187.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11187.htm). Acesso em: 17 de maio 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Rio de Janeiro, [1992]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 17 de maio de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial.** Impugnação imediata de decisões interlocutórias não previstas nos incisos dos art. 1.015, CPP. Possibilidade. Taxatividade mitigada. Excepcionalidade da impugnação fora das hipóteses previstas em lei. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 05 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661785892/recurso-especial-resp-1696396-mt-2017-0226287-4/inteiro-teor-661785901>. Acesso em 21 out. 2019.

BUENO, C. S. **Manual de direito Processual Civil - Baseado no Novo código de Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COELHO, G. Processo da Justiça Federal demora 8 anos na fase de execução, diz CNJ. **Consultor Jurídico**, 28 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-28/processo-justica-federal-demora-anos-fase-execucao>. Acesso em: 01 mar. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Organização Dos Estados Americanos.** Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto De San José Da Costa Rica. 1969. Disponível em: [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm). Acesso em: 29 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Organização Dos Estados Americanos.** Convenção Européia de Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Número 2019**. Brasília: CNJ/2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

DIDIER JR, F.; CUNHA, L. C. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 14. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., F. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

DONIZETTI, E. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ITÁLIA. **Legge 24 marzo 2011, nº 89**. Roma. Disponível em: <https://people.unica.it/annamariamancalonei/files/2016/05/Legge-Di-Pinto.pdf>. Acesso em 20 abr. 2020.

JOBIM, M. F. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

LEITE, C. H. B. **Curso de direito processual do trabalho**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARINONI, L. G.; SÉRGIO, C. A.; MITIDIERO, D. **Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MATOS, C. E. F. **Coleção sinopses jurídicas – processo civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NEVES, D. A. A. **Manual de Processo Civil**. 10. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

THEODORO JR, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

WAMBIER, T. A. A. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOTA:

[1] Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail:* marcos\_vitor1997@hotmail.com

[2] Professor e coordenador adjunto do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho. – UNIFSA. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/RS. Doutorando em Direito Processual Civil pela Estácio/RJ. *E-mail:* fabriciofcarvalho@gmail.com

[3] Artigo 6º - Em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento rápido e público, por júri imparcial no Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente delimitado por lei; a ser informado da natureza e causa da acusação; a ser acareado com as testemunhas que lhe são adversas; a dispor de meios compulsórios para forçar o comparecimento de testemunhas da defesa e a ser assistido por advogado.

[4] Art. 6º, §1º - " Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei".

[5] [5] La parte di un processo ha diritto a esperire rimedi preventivi alla violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione stessa. (A parte em um julgamento tem o direito de propor medidas preventivas por violação do Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, ratificado de acordo com a lei 4 de agosto de 1955, n. 848, em termos de não conformidade do prazo razoável a que se refere o artigo 6, parágrafo 1, da própria Convenção.)

## **COVID-19 E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO PELA SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS - UMA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO**

**LUIZ MÁRIO ARAÚJO CAMACHO CARPANEZ:**

Advogado Público Municipal (Cargo Efetivo). Pós-graduando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

**RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade analisar se o Poder Público, em razão das legislações nacional, estaduais, distrital e municipais que determinaram a interrupção temporária das atividades econômicas para conter a contaminação de Covid-19, tem o dever de indenizar as pessoas jurídicas de direito privado afetadas pelas eventuais rupturas dos contratos laborais. Para tanto, foi utilizada, como base investigativa e argumentativa, a legislação nacional, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade civil do Estado.

**Palavras-chave:** Covid-19. Suspensão temporária das atividades econômicas. Responsabilidade civil. Caso fortuito ou força maior. Excludente de responsabilidade. Interpretação conforme à constituição.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze whether the Public Power, due to national, state, district and municipal laws that determined the temporary interruption of economic activities to contain the contamination of Covid-19, has a duty to indemnify legal entities under law affected by possible breaches of employment contracts. To this end, national legislation, doctrine and jurisprudence of the Federal Supreme Court on State civil liability was used as an investigative and argumentative basis.

**Keywords:** Covid-19. Temporary suspension of economic activities. Civil responsibility. Act of God or Force Majeure. Exclusion of liability. Interpretation in accordance with the constitution.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O “fato do príncipe” na Consolidação das Leis do Trabalho; 2. A responsabilidade civil do poder público; 2.1. O dever constitucional de indenizar; 2.2. As teorias do risco administrativo e do risco integral; 2.3. O caso fortuito ou força maior; 3. A interpretação conforme à Constituição; Conclusão.

## INTRODUÇÃO

No final do ano de 2019, na República Popular da China (RPC), surgiu a notícia, segundo a imprensa internacional, segundo a qual um novo vírus, denominado de Novo Coronavírus (Covid-19), altamente contagioso, estaria se disseminando entre milhares de pessoas, contaminando e causando mortes na população de Wuhan (China).

Inúmeras medidas restritivas foram adotadas para conter o avanço da doença pelo continente asiático.

Entre as medidas anunciadas pelo governo chinês, estaria a interrupção temporária de atividades econômicas que poderiam gerar aglomerações de pessoas e proporcionar uma contaminação descontrolada.

Contudo, apesar da adoção das referidas medidas, rapidamente a doença se espalhou pelo mundo, atingindo a Europa e os Estados Unidos da América, o que fez a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarar estado de pandemia de Covid-19.

Em fins de fevereiro e início de março de 2020, a doença chega ao Brasil e inúmeras autoridades públicas sanitárias e epidemiológicas passam a recomendar, com base na análise das experiências internacionais, que grande parte das atividades econômicas, em especial as não essenciais, deveriam ser temporariamente suspensas como medida de prevenção ao colapso, já observado no exterior, do sistema de saúde nacional.

Nesta esteira, os governos nacional, estaduais, distrital e municipais passaram a determinar coativamente, inicialmente via Decretos dos Poderes Executivo e, posteriormente, com base em Lei Nacional, a suspensão de atividades econômicas que, segundo os protocolos de saúde, se não adotadas, poderiam acarretar aumento substancial do número de contaminados pelo Covid-19 e, por consequência, a impossibilidade de atendimento, pelo sistema de saúde brasileiro, dos infectados, acarretando um inevitável colapso.

Diversos setores da sociedade descontentes com as medidas de profilaxia governamentais, por entenderem ser drásticas e levarem a problemas ainda maiores, como, o desemprego, o empobrecimento social e à fome, passaram a defender que o Poder Público responderia, de alguma forma, pelas rupturas dos contratos de trabalho em razão das medidas interruptivas temporárias para diminuir o fluxo de contaminação comunitária da doença.

Para tanto, alegaram a responsabilidade imputada no artigo 486 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Após contextualização histórica indispensável, passa-se à análise detida sobre a possível responsabilidade dos Poderes Públicos pela extinção dos contratos de trabalho, ante o supracitado artigo da CLT.

### 1. O “fato do príncipe” na Consolidação das Leis do Trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é o instrumento normativo nacional que rege as relações tipicamente empregatícias, ou seja, conforme ensina a doutrina, a relação jurídica entre empregado e empregador assim caracterizada:

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade. (GODINHO, 2017, p. 313)

Não se desconhece as discussões doutrinária surgidas após a vigência da Lei Nacional nº13.467/2017 (Reforma Trabalhista) a respeito do conceito de contrato de trabalho. Contudo, para fins deste trabalho, adota-se o conceito tradicional acima exposto com fundamento na regra prevista no artigo 442 da CLT:

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. (BRASIL, 1943)

Logo, o sentido que se deve dar aos contratos sujeitos a possível indenização pelo Estado é o que se subsumi ao conceito de contrato de emprego, ou seja, o tradicionalmente regido pelo artigo 442.

O artigo 486 trata da possível responsabilidade estatal e, como é possível observar, é originário da CLT, ou seja, desde sua Decretação, em 1º de maio de 1943, existe a referida previsão legal que, entretanto, passou por uma modificação até o texto atual que foi dado pela Lei nº1.530, de 26 de dezembro de 1951:

Art. 486. No caso de paralisação do trabalho motivado originariamente por promulgação de leis ou medidas governamentais, que impossibilitem a continuação da



respectiva atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, a qual, entretanto, ficará a cargo do Governo que tiver a iniciativa do ato que originou a cessação do trabalho. (BRASIL, 1943)

Art. 486. No caso de paralisação do trabalho motivado originariamente por promulgação de leis ou medidas governamentais que impossibilitem a continuação da respectiva atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, a qual, entretanto, ficará a cargo do Governo que tiver a iniciativa do ato que originou a cessação do trabalho. (BRASIL, 1943)

Art. 486 - No caso de paralisação **temporária ou definitiva** do trabalho, motivada por **ato de autoridade municipal, estadual ou federal**, ou pela promulgação de **lei ou resolução** que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável. (BRASIL, 1951)

A essência da redação originária até a vigente atualmente foi mantida com algumas alterações pontuais de texto a fim de melhor adequar à realidade social contemporânea.

Observa-se, pontualmente, o acréscimo no termo “paralisação” para “paralisação temporária ou definitiva” e de substituição dos termos “medidas governamentais” por “ato de autoridade municipal, estadual ou federal” e “ou resolução”.

Ensina, ainda a doutrina, que o referido artigo consagra a Teoria do “Fato do Príncipe” (“factum principis”):

Ocorrendo, ainda, extinção contratual em virtude de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, por causa de *factum principis*, prevalecerá o pagamento da indenização, mas a cargo da respectiva pessoa jurídica de direito público e não do empregador (art. 486, caput, e seus parágrafos, CLT). (GODINHO, 2017, p. 1292)

A referida teoria nasce no Direito Administrativo para fundamentar as consequências negativas que as expedições de atos gerais do poder público podem ocasionar em contratos administrativos.

São assim, atos gerais e abstratos que reflexamente incidem sobre contratos alterando a equação econômico-financeira dos mesmos o que, pode ocasionar sua ruptura:

O equilíbrio do contrato administrativo pode ser quebrado por força de ato ou medida instituída pelo próprio Estado. Foi por isso construída a teoria do fato do príncipe, aplicável quando o Estado contratante, mediante ato lícito, modifica as condições do contrato, provocando prejuízo ao contratado. O pressuposto do fato do príncipe é a álea administrativa.

Sobre o fato do príncipe, já tivemos a oportunidade de dizer em estudo a respeito que “esse fato oriundo da Administração Pública não se preordena diretamente ao particular contratado. Ao contrário, tem cunho de generalidade, embora reflexamente incida sobre o contrato, ocasionando oneração excessiva ao particular independentemente da vontade deste”.

O fato do príncipe se caracteriza por ser imprevisível, extracontratual e extraordinário, provocando neste último caso funda alteração na equação econômico-financeira do contrato. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 231)

Ressalte-se, ainda, que a eventual responsabilidade do Poder Público seria adstrita àquelas verbas de natureza indenizatória, por estrita interpretação do artigo 486:

Art. 486 - No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o **pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável**. (BRASIL, 1951)

Isto é, como afirma Godinho (2017):

(...) prevalecerá o pagamento da indenização, mas a cargo da respectiva pessoa jurídica de direito público e não do empregador (art. 486, caput, e seus parágrafos, CLT). A indenização referida corresponde àquelas antigas da CLT, por tempo de serviço (caput dos arts. 477 e 478) ou por tempo

de serviço e estabilidade (arts. 492, 497 e 498, CLT). A este grupo, pode-se acrescentar a indenização pela ruptura antecipada dos contratos a termo (art. 479, CLT). Esclareça-se que **a leitura da regra jurídica desfavorável aqui examinada tem de ser estrita, jamais ampliativa**, como pertinente à interpretação em todo o Direito do Trabalho. (GODINHO, 2017, p. 1292)

Assim, a teria do "fato do príncipe", consagrada no artigo 486 da CLT, refere-se a um ato estatal geral e abstrato emanado de autoridade federal, estadual, distrital ou municipal, que impede o exercício das atividades econômicas, definitiva ou temporariamente, provocando reflexos nos contratos de emprego e onerando uma das partes da relação jurídica, no caso, o empregador, ante a necessidade de pagar o salário e demais verbas sem a contraprestação do serviço.

## **2. A responsabilidade civil do poder público**

### **2.1 O dever constitucional de indenizar**

Desde a Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado, pelo dever de indenizar àqueles que sofrem danos decorrente sua atividade, é consagrada nos textos constitucionais:

Art. 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes. (BRASIL, 1946)

Art. 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo. (BRASIL, 1967)

Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo. (BRASIL, 1969)

Art. 37. (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988)

Nota-se que, apesar da mudança na estrutura normativa, ao longo dos anos, a essência do instituto não sofreu alteração substancial no seu texto.

Continua-se, como afirma o Supremo Tribunal Federal (STF), por reiteradas vezes, adotando-se a teoria da reponsabilidade objetiva, ou seja, aquela em que o elemento subjetivo (culpa administrativa) não é relevante para caracterizar o dever de indenizar:

(...) o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público, (...). (ED no RE com Ag. nº655.277)

(...) Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. (RE nº109.615)

Afirma, ainda, o STF que o dever de indenizar decorre mesmo que de atos lícitos, ou seja, não é necessário que o ato praticado pelo Estado seja contrário ao direito. Atos regulares, portanto, são passíveis de indenização, caso preenchidos os demais requisitos legais, tendo em vista a aplicação do Princípio da Igualdade dos ônus e encargos sociais:

(...) A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, e devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. (RE nº113.587)

Por esse entendimento, o sujeito não é obrigado a suportar sozinho um dano, mesmo que decorrente de ato público lícito, que, apesar de poder beneficiar

a sociedade como um todo, prejudica-o individualmente. Neste caso, a sociedade deve arcar com esse ônus através da indenização ao lesado, pelos cofres públicos, por aplicação da igualdade na distribuição dos ônus sociais.

Percebe-se, assim, a superação do entendimento, às vezes desmedido, da primazia do interesse público sobre o privado, na medida em que ao Estado não é dado causar prejuízos aos particulares sem os indenizar.

A raiz de tal mudança está intimamente ligada à conotação da primazia dos direitos fundamentais, em especial na igualdade e na defesa da propriedade material e imaterial das pessoas, consagrados na atual Constituição de 1988.

Isto é, no atual Estado de Direito, ninguém deve sofrer perda patrimonial em benefício da sociedade sem a devida indenização, mesmo que o ato público seja lícito, sob pena de se retroceder e aceitar os atos arbitrários e despóticos praticados pelos Estados Monárquicos ou Absolutistas.

Assim, a Constituição de 1988 manteve consagrada a Teoria da Responsabilidade Objetiva em relação ao dever do Estado de indenizar os danos que causar, independentemente de culpa dos agentes públicos.

## **2.2 As teorias do risco administrativo e do risco integral**

A Teoria da Responsabilidade Objetiva possui uma série de requisitos para configurar-se e, assim, gerar o dever de indenização estatal.

A jurisprudência do STF, atualmente, elenca os requisitos indispensáveis, a saber, (1) a alteridade, (2) a causalidade material, e (3) a oficialidade.

Entende-se por alteridade a necessidade de atingir-se o patrimônio do outro (alheio), ou seja, uma propriedade material ou imaterial não pertencente ao Estado.

Por causalidade material, a ação ou omissão que causa um dano, isto é, o nexo entre o comportamento positivo ou negativo do Poder Público (a causa) e o dano dele decorrente (o efeito ou consequência). Em outras palavras, trata-se do nexo de causalidade.

Por fim, a oficialidade é a forma da ação ou omissão, lícita ou ilícita, do agente público, ou seja, a atuação do agente no exercício de suas funções ou em razão dela que cause um dano. E, para tanto, é irrelevante que seja lícita ou ilícita, pois ambas geram o dever de indenizar.

Dos excertos da Corte:

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o "*eventus damni*" e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (...). (Emb. Decl. no Recurso Extraordinário com Agravo 655.277)

Todavia, há um quarto requisito, ou seja, a possibilidade de admissão de causa de excludente de responsabilidade, que é a linha diferenciadora entre admitir-se a aplicação da responsabilidade pelo risco integral ou pelo risco administrativo.

A teoria do risco tem fundamento na ampliação da atuação do Estado e no pressuposto segundo o qual com o aumento de suas funções o risco de danos inevitavelmente aumentaria (CARVALHO FILHO, 2010, p. 596 e 597).

A admissão, ou não, de excludente de responsabilidade é uma ponderação social com relação ao risco que a sociedade estaria disposta a suportar. É uma opção entre dar prevalência ao interesse individual, no caso do risco integral, ou ao interesse coletivo, no risco administrativo.

Explica-se. Ao admitir-se a excludente de responsabilidade, adota-se a teoria do risco administrativo, ou seja, se verificada alguma causa excludente, como, força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, o Poder Público não terá o dever de indenizar, logo, o lesionado suportará o ônus do dano sozinho.

Ao revés, caso não se admita a excludente de responsabilidade, adota-se a teoria do risco integral, ou seja, não é necessária a verificação de qualquer causa de excludente, pois mesmo que ocorra, o Poder Público irá responder pelo dano. Assim, o ônus danoso será suportado pela sociedade.

É possível, assim, extrair que o centro de gravidade do ônus do dano é dinâmico. Ora está mais próximo do indivíduo, no risco administrativo, pois ele pode vir a arcar sozinho com o prejuízo do dano, já que se admite excludentes de responsabilidade. Ora está mais próximo da sociedade, no risco integral, pois poderá ela (sociedade) vir a arcará com as consequências danosas, já que não se admite excludentes de responsabilidade.



Como afirmado alhures a opção pela adoção de uma ou outra teoria está ligado a uma ponderação social que se traduz em opção política do povo ao estabelecer, na legislação, a carga de quem fica o ônus.

Manifestações neste sentido, foram observadas, por exemplo, na Lei Geral da Copa (Lei nº12663/2012) prevê, também, no artigo 23 expressamente a responsabilidade pelo risco integral:

Art. 23. A União assumirá os efeitos da responsabilidade civil perante a FIFA, seus representantes legais, empregados ou consultores **por todo e qualquer dano resultante ou que tenha surgido em função de qualquer incidente ou acidente de segurança relacionado aos Eventos, exceto** se e na medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano. (BRASIL, 2012)

O STF manifestou-se sobre a constitucionalidade do referido artigo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4976, tendo inclusive mencionado a admissão de excludente de responsabilidade civil do Estado.

Como se observa, na Lei da Copa, há duas formas de exclusão de responsabilidade: (1) concorrência da FIFA ou (2) concorrência da vítima, para o dano.

Nesse caso, tem-se um risco integral ponderado ao admitir-se a responsabilização do Poder Público por caso fortuito ou força maior e atos de terceiro, mas excluir a responsabilidade quando ocorrer concorrência da FIFA ou da vítima para o evento danoso.

Como afirmado, o centro de gravidade do ônus danoso é dinâmico, tendo o legislador ponderado o quanto de responsabilidade será atribuído ao Estado ou ao indivíduo.

Na referida ADI foram, ainda, citados outros casos de adoção do risco integral. Entre eles, destacam-se dois, a relativa a dano ambiental e atos contra aeronaves:

É possível encontrar, ainda, outro exemplo de opção pela teoria do risco integral por parte do constituinte, quando este tratou do dano ambiental, previsto no art. 225, § 3º, da CF, e replicado no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981. (ADI nº4976)

Hipótese semelhante também é contemplada na Lei 10.744/2003, cujo texto dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidade civil, perante terceiros, no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. (ADI nº4976)

Em conclusão, os Ministros afirmaram que a Constituição de 1988 adotou, como regra, no artigo 37, §6º, a teoria do risco administrativo. Todavia, o Estado pode ampliar sua responsabilidade, inclusive por meio de lei ordinária, como, no caso da Lei da Copa, para se responsabilizar, inclusive por caso fortuito ou força maior:

A disposição contida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal não esgota a matéria relacionada à responsabilidade civil imputável à Administração, pois, em **situações especiais de grave risco para a população ou de relevante interesse público, pode o Estado ampliar a respectiva responsabilidade**, por danos decorrentes de sua ação ou omissão, para além das balizas do supramencionado dispositivo constitucional, **inclusive por lei ordinária**, dividindo os ônus decorrentes dessa extensão com toda a sociedade. (ADI nº4976)

Fica evidente, assim, a possibilidade de ora o Estado adotar a responsabilidade objetiva informada pelo risco administrativo, ao admitir excludente de responsabilidade, ou ora adotar a responsabilidade objetiva pelo risco integral, ao não admitir excludente de responsabilidade ou reduzir as hipóteses de causas excludentes.

Observa-se que é necessário, segundo o STF, que o Estado manifeste expressamente, por meio de ato normativo geral e abstrato, como, por exemplo, através de uma lei, sobre a ampliação de sua responsabilidade, ou seja, caso não haja a referida ampliação, aplicar-se-á a norma adotada pela Constituição: a teoria da responsabilidade objetiva por risco administrativo.

A Lei Nacional nº13979/2020 (enfrentamento à pandemia de Covid-19) não prevê qualquer tipo de ampliação da responsabilidade do Estado no exercício do direito de determinar medidas de prevenção à contaminação ou disseminação do Covid-19.

Portanto, não há autorização legal para exclusão das causas de responsabilidades em eventual responsabilização do estado.

### 2.3 O caso fortuito ou força maior

As causas que ensejam a exclusão de responsabilidade são: (1) caso fortuito ou força maior, (2) culpa exclusiva da vítima ou (3) culpa exclusiva de terceiro.

Não se desconhece o debate doutrinário e muitas vezes jurisprudencial sobre as diferenças conceituais entre caso fortuito ou força maior. Entretanto, o presente estudo não tem a finalidade de adentrar nessa seara, portanto, essa discussão não será levada em consideração. Os dois institutos serão tratados como um só para fins deste trabalho.

Após breve esclarecimento, o artigo 501 da CLT prevê o conceito de força maior, nos seguintes termos:

Art. 501 - Entende-se como força maior todo **acontecimento inevitável**, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente. (BRASIL, 1943)

O Código Civil Brasileiro também tratou do assunto:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (BRASIL, 2002)

O Glossário do STF, também, define os dois conceitos de forma semelhante ao afastar a responsabilidade pelo dever de indenizar

Força maior: Situação em que a responsabilidade civil é afastada em decorrência de fato imprevisível, externo e irresistível, resultante da ação humana alheia que impeça o indivíduo de agir ou de cumprir com seus direitos ou deveres, por não possuir meios para evitá-lo. São exemplos: guerra, revolução, invasão de território, greve, desapropriação, sentença judicial específica que impeça o cumprimento da obrigação assumida, etc. (BRASIL, 2020)

Caso fortuito: Situação em que a responsabilidade civil é afastada em razão de fato natural extraordinário ou irresistível que causa algum dano ou outro efeito jurídico. São exemplos desse tipo de fato natural: enchentes, maremotos, queda de raios, estiagem, deslizamento de terra, etc. (BRASIL, 2020)

O acontecimento de uma pandemia causada por vírus desconhecido, altamente contagioso, sem vacina, sem remédio eficaz para tratamento e com potencial letal obscuro sobre cada sociedade, sem dúvidas é algo imprevisível, externo, irresistível, extraordinário e inevitável.

É imprevisível porque não era esperado, impossível de saber quando e onde iria ocorrer.

É externo porque não decorre da interferência humana, mas das inúmeras mutações genéticas que ocorrem na natureza.

É irresistível porque a contaminação ocorre por partículas microscópicas (não visíveis a olho nu) que estão dispersas pelo ar e por materiais em que adere que ao ser tocado pode contaminar aquele que o toca ao levar as mãos na face, boca ou olhos. Não se sabe assim, onde está ou em que está, não sendo possível dominar.

É extraordinário porque está além das doenças rotineiras que atingem as diversas sociedades pelo mundo já conhecidas.

É inevitável porque sua forma de contaminação, pelo ar ou objetos, torna impossível saber de modo preciso, totalizante e certo quem, quando, onde e em que está o vírus.

Assim, por mais que existam variadas indicações de medidas de proteção, nenhuma tem eficácia suficiente para que todas pessoas possam se prevenir, como, uma vacina.

### **3. A interpretação conforme à Constituição**

O eminente Ministro Alexandre de Moraes (2003), em sua obra "Direito Constitucional", afirma que a interpretação conforme à Constituição, como técnica interpretativa, é admissível nos casos em que a norma jurídica admite vários significados, norma plurissignificativa, portanto, sendo necessário interpretá-la da forma que lhe confira o verdadeiro sentido constitucional:

(...) exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico. (MORAES, 2003, p. 36 e 37)

Acrescenta, ainda, que interpretação conforme admite três hipóteses:

Para que se obtenha uma interpretação conforme a Constituição, o intérprete poderá declarar a inconstitucionalidade parcial do texto impugnado, no que se denomina interpretação conforme com redução do texto, ou, ainda, conceder ou excluir da norma impugnada determinada interpretação, a fim de compatibilizá-la com o texto constitucional. Essa hipótese é denominada interpretação conforme sem redução do texto. (MORAES, 2003, p. 37)

Na interpretação conforme com redução de texto declara-se que determina expressão ou conjunto de expressões sejam incompatíveis com a Constituição, logo, devem ser excluídas do texto.

Na interpretação conforme sem redução admite-se duas vertentes: (1) declarar-se que determinada norma somente é constitucional se for dado determinado sentido à ela, ou seja, que seja concedida interpretação num sentido ou sentidos determinados; ou (2) declarar-se que determinado sentido não poderá ser dado à norma, porquanto violadora da Constituição. Neste último caso, tem-se uma interpretação excludente de significado.

O Controle de Constitucionalidade é um dos mecanismos jurídicos para alcançar a interpretação conforme (MORAES, 2003, p. 38).

A necessidade de coadunar as normas infraconstitucionais com a Constituição decorre do primado desta, ou seja, de sua superioridade em face do ordenamento jurídico, como norma fundante do Estado de Direito e fundamento de validade de todas as demais:

(...) a supremacia da Constituição corresponde à vinculação irrestrita de todos os Poderes do Estado a suas normas, ou como denominado por Canotilho, "a função promocional da

constituição, radicalmente antagônica da tese da eficácia zero do direito constitucional". (MORAES, 2003, p. 287)

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la. (MORAES, 2003, p. 468)

Rememorando o artigo 486 da CLT, a autoridade responsável por impossibilitar a continuidade, temporária ou definitiva, de atividade deverá indenizar o trabalhador que tiver seu pacto empregatício rompido:

Art. 486 - No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável. (BRASIL, 1951)

Observa-se que a expressão "prevalecerá o pagamento de indenização, que ficará a cargo do governo responsável" (expedidor do ato) possui diversos sentidos. Ou seja: o Estado responderá em todo e qualquer caso? É, portanto, integral a responsabilidade? Ou não, admite-se excludente de responsabilidade? Se sim, admite-se todas as excludentes ou, apenas, algumas? Se for algumas, quais são admitidas?

Como já observado neste estudo a regra matriz da responsabilidade do Estado encontra-se no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, que adotou, como regra, a teoria da responsabilidade objetiva informada pelo risco administrativo.

O único sentido possível que compatibiliza a norma do artigo 486 da CLT com a referida norma do artigo 37, §6º, da Constituição, é aquele que admite a aplicação das excludentes de responsabilidade do estado.



E isso se deve ao fato de que, como dito, em nenhum momento, qualquer ato normativo do Poder Público previu ampliação de responsabilidade por atos de interrupção temporária das atividades econômicas e, como demonstrado, a jurisprudência admite tal responsabilização, mas desde que haja expressa manifestação do Estado nesse sentido.

Ademais, os danos colaterais de exigir o dever de indenizar do Estado em casos excepcionais como o de pandemia de doença até então desconhecida e cujas consequências ainda pouco se sabe, é deslocar a responsabilidade por caso fortuito ou força maior em direção ao ônus social sem amparo legal.

Um Estado que já vem assumindo, inclusive de modo acima de sua capacidade financeira, o ônus de manter a sociedade minimamente estável com medidas de auxílio de renda, crédito empresarial, dilação de prazos de recolhimento de tributos, assunção temporária de salários de trabalhadores privados, entre outras, ter que assumir, agora, a responsabilidade por medidas profiláticas adotadas mundialmente a fim de minorar as consequências desastrosas da pandemia, é subverter a ordem constitucional e lógica. É querer a destruição do próprio Estado e da sociedade. É levar o povo à ruína pela via do Direito. É levar a injustiça onde deveria levar a paz.

Portanto, é necessário dar interpretação conforme à Constituição ao artigo 486 da CLT para, em compatibilidade semântica com o artigo 37, §6º, da CF/1988, excluir qualquer interpretação que permita aplicar a teoria do risco integral na responsabilidade objetiva do estado, isto é, pela possibilidade de adoção das excludentes de responsabilidade, em especial do caso fortuito ou força maior, na verificação do dever de indenizar.

## **CONCLUSÃO**

Este artigo demonstrou que o “fato do príncipe”, teoria originária do Direito Administrativo, foi incorporada ao Direito do Trabalho para permitir a responsabilização do Estado por atos de suspensão de atividades econômicas, mesmo que temporárias, que ensejassem possíveis rupturas dos contratos de emprego.

Ficou demonstrado que a Constituição Federal de 1988 adotou, como regra, a responsabilidade objetiva do Estado informada pelo risco administrativo. Todavia, por via de exceção, tanto a Constituição como a legislação infraconstitucional, adotam, pontualmente, a responsabilidade pelo risco integral desde que expressamente prevista, conforme manifestação do Supremo Tribunal Federal.

Explicou-se que a diferença entre o risco administrativo e o risco integral reside na possibilidade e na amplitude da exclusão da responsabilidade estatal.

Demonstrou-se que a ocorrência da pandemia de Covid-19 é um típico fato excepcional que permite subsunção às normas que preveem o caso fortuito ou força maior como excludente de responsabilidade estatal.

Por fim, após indicar a posição da doutrina e jurisprudência sobre a interpretação conforme à Constituição, chegou-se à conclusão que ao artigo 486 da Consolidação das Leis do Trabalho é necessário excluir qualquer sentido ou interpretação que impossibilite aplicar a excludente de responsabilidade objetiva do Estado por caso fortuito ou força maior.

Conclui-se, assim, que a interpretação constitucional da responsabilidade objetiva do Estado por atos de suspensão temporária das atividades econômicas admite excludente de responsabilidade, não havendo assim, o dever de indenização, por parte do Poder Público, quando da ruptura dos contratos de emprego decorrentes da pandemia de Covid-19.

#### **BIBLIOGRAFIA:**

BRASIL. *Constituição (1946) Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm) >. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. *Constituição (1967) Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm) >. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. *Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm) >. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 6.110, de 16 de dezembro de 1943*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm) >. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. *Constituição (1967). Emenda Constitucional nº1/1969*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm#nova%20reda%C3%A7%C3%A3o](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm#nova%20reda%C3%A7%C3%A3o) >. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 1.530, de 26 de dezembro de 1951*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm) >. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm) >. Acesso em: 1º mai. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm) >. Acesso em: 1º mai. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade : ADI 4976 DF. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 13/11/2014. STF, 2014*. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7044452> >. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo : Em. Dcl. no RE Ag 655.277 MG. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 12/06/2012. STF, 2012*. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2167194> >. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Glossário*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/> >. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário : RE 109.615 RJ, Relator: Ministro Celso De Mello. DJ: 02/08/1996. STF, 1996*. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2E SCLA%2E+E+109615%2ENUMER%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+109615%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a36hqgt> >. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário : RE 113.587 SP, Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 03/04/1992. STF, 1992. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+113587%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+113587%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b2cejq7> >. Acesso em: 21 abr. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

GODINHO, Maurício Delgado. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTR, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

## **FAMÍLIA MULTIESPÉCIE: UM ENFOQUE NOS CONFLITOS POR GUARDA DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO EM RAZÃO DA DISSOLUÇÃO DA CONJUGALIDADE**

**STEFANE SOUZA REIS:** Graduanda em Direito pela Unicatolica - Universidade Católica do Tocantins; Amante de dias chuvosos, chá e um bom livro; E apaixonada em violino e musica instrumental!

**FLÁVIA MALACHIAS SANTOS SCHADONG<sup>[1]</sup>**

(orientadora)

**RESUMO:** O considerável acréscimo de várias espécies no âmbito social em caracterização como estimação ou membro familiar aciona a notoriedade do grandioso leque normativo e demais interpretações em viés das decisões acerca dos litígios sob guarda destes animais de estimação, frente à ausência de normas específicas. Este trabalho obtém como objetivo a identificação dos critérios analisados e normas aplicadas ao julgar os conflitos em razão da disputa pela guarda de animais de estimação tendo em vista o rompimento da sociedade conjugal. Os conceitos dispostos abordam a aplicação análoga do Direito de família juntamente a equiparação aos direitos de menores e incapazes, além de apontar as hipóteses de guarda a ser fixada e encadeamentos jurisprudenciais existentes. Nesse sentido, realizamos uma pesquisa com abordagem qualitativa em que consiste na interpretação dos dados e teorias levantadas em acesso a fontes documentais e bibliográficas visando a obtenção de resultados quanto a preocupação com o vínculo relacional e o meio inserido. Assim evidencia a disparidade em decisões e possível fixação de natureza jurídica a nortear preliminarmente os entendimentos sobre o tema. Finalmente, por intermédio da coleta de dados realizada o trabalho propõe à necessidade de constituir importância principal dada as condições de cada espécie, assim como a evolução normativa e doutrinária a fim de embasar decisões justas e precisas.

**Palavras-chave:** Animais de estimação, Dissolução conjugal; Família multiespécie; Hipótese de guarda.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 FAMÍLIA MULTIESPÉCIE. 2 VINCULO CONJUGAL. 2.1 Dissolução da Conjugalidade. 2.2 Hipóteses de fixação de guarda de menores, animais estimação e responsabilidade de custos. 2.3 Humanização do animal. 3 ENCADEAMENTOS JURISPRUDENCIAIS. 4 CONCLUSÃO. 5 REFERÊNCIAS.

### **INTRODUÇÃO**

Hodiernamente, é evidente a presença de animais em várias situações e ambientes sociais. A mera definição de animais silvestres já não contempla a realidade das pequenas cidades e grandes metrópoles. O que justifica o surgimento de termos como animais domésticos, animais de estimação e *Pet's* ganharem destaque e relevância nos lares.

Isto por que, o cotidiano existente é o resultado de diversas alterações sociais em acordo com o desenvolvimento pessoal humano e seu meio ambiente natural. Tais mudanças produzem reflexos na definição individual, como exemplo a atualização da caracterização de moradias, convívio interpessoal e principalmente vínculos afetivos.

Esta liberdade está previamente amparada pela Constituição da República Federativa ao promover aos indivíduos o gozo do livre arbítrio para definir seu estilo de vida, composição familiar, demais decisões pertinentes à convivência e também pelo instituto jurídico denominado Direito de Família, que através de seus princípios basilares, conceitua, garante e protege todas as concepções e relações de convivência familiar.

Incorporado a esta evolução social, ao livre arbítrio e principalmente a inclusão significativa dos animais nas relações de convivência, o termo família está indo além do conceito tradicional homem, mulher e filhos, podendo compreender espécies distintas da caracterização estrutural anterior, seja em uma família pré-definida, seja ao iniciar a construção de uma convivência. A inclusão destas espécies obtém justificativa, seja pela proteção do indefeso ao meio urbano, equiparação a filhos, apoio psicológico, orientação médica para fins de aperfeiçoamento da saúde ou apenas convivência.

Ocorre que em muitos casos e por diversas situações, as relações de convivência entre companheiros ou cônjuges são abaladas e até mesmo rompidas, e em conjunto a construção alegre de uma família está à dissolução da referida, dois extremos com tanta carga emocional quanto normas regulamentadoras de iniciação ou rompimento conjugal.

Fato é, que estas normativas dispõem de prévias garantias e proteções aos menores de idade, bens, moradias e eventuais acordos. Em contrário, nada dispõem sobre a tutela jurídica dos animais existentes no meio do conflito. Sendo assim restam apenas as disposições superficiais e arcaicas, visando a proteção do animal selvagem, nesta situação sendo ausentes de qualquer discernimento ou possibilidades de sentir.



Ademais, a inexistência de uma regulamentação específica a respeito da convivência/relação humano – animal transforma-se em insegurança judicial, necessitando do julgador uma certa sensibilidade ao analisar a situação, já que o animal não pode ser considerado coisa ou objeto com valoração econômica.

Portanto, consoante a evolução, a caracterização e ausente de normativas adequadas à proteção e garantias individuais da Família Multiespécie, visa-se, através das decisões jurisprudenciais e estudos documentais, a resolução do consequente problema de pesquisa: De que forma os conflitos por guarda de animais de estimação são analisados sob a perspectiva jurídica?

Igualmente, o desenvolvimento da pesquisa obtém relevância a partir da constante busca ao judiciário para fins de sanar lides existenciais, assim como a atualização crescente de situações análogas que podem ter diversos resultados, em razão de ausente pacificação jurídica sobre o tema. Diante disso, busca-se identificar os critérios analisados e normas jurídicas aplicadas ao julgar os conflitos existentes em razão da disputa pela guarda de animais de estimação devido a dissolução da conjugalidade.

Da mesma maneira, deseja-se relatar os possíveis encadeamentos jurisprudenciais ao analisar os casos, debater a aplicação análoga do Direito de Família ao equiparar crianças e aos animais de estimação, para fins de julgamento dos casos, e apontar a hipóteses de fixação de guarda, assim como a responsabilidade inerente ao portador desta.

Para tanto, a fim de atingir as premissas apontadas, fez-se necessário uma abordagem qualitativa, analisando uma pesquisa documental acerca de decisões, julgados, doutrinas e normativas existentes em consoante a lide, além de uma concepção hipotética dedutiva pelos casos presentes e seus julgamentos, visando a obtenção de resultados em instrumento de pesquisa exploratória, e assim mostrar de forma prática as formas de análises jurídicas evidentes nestas situações.

## **1.FAMÍLIA MULTIESPÉCIE**

O ordenamento jurídico existente prevê características, princípios e proteção constitucional em todos os âmbitos familiares. Por vezes pode-se chegar a uma conceituação pré-existente, relatando que sua caracterização se dá em razão das relações de afeto, companheirismo e respeito entre todos os membros, assim como seu compromisso em zelar e cuidar de todos, porém ainda é taxativo quanto a sua composição, afirmando que em regra a sua formação é definida por qualquer um dos pais e seus descendentes.

Pois bem, resta contido no artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil a garantia a proteção do Estado em todas as famílias, determinando esta como a base da sociedade, sendo previamente compreendida com os princípios da dignidade da pessoa humana, o livre planejamento familiar e principalmente a garantia constitucional de assistência a cada um dos membros que a integra.

Pode se afirmar que a constitucionalização da família garante a liberdade, solidariedade e justiça. E realmente é visível a normatização para real proteção aos direitos das crianças, adolescentes e idosos tais como incentivo à cultura, educação, esportes, políticas públicas. Contudo, constata-se ausente e ou até mesmo divergente as garantias e definições que abrangem os animais domésticos integrantes deste grupo.

Diante da contemporaneidade, verifica-se cada vez mais necessárias normativas para conceituar e ou proteger as uniões. Com isso, pode se abordar diversos princípios garantidores de direitos que caracterizam as relações existenciais.

Levando em consideração os membros que a compõe, tem-se aplicado o princípio da dignidade da pessoa humana, onde se pontua a importância de aplicar uma igualdade na medida das particularidades de cada um em sua substancialidade.

Em contrário a fixação de grupo familiar pela imposição paterna nos tempos arcaicos de colônia, feudo ou monarquia, o princípio da afetividade, estritamente ligado ao livre arbítrio da escolha de composição familiar, é premissa importante e necessária determinada pela contemporaneidade. Este marca o ponto inicial de toda convivência humana, podendo ser o conjunto de vários neurotransmissores, como dispõe a ciência, assim como a mera identificação pessoal e construção de objetivos em conjunto. Desta forma, verifica-se que este princípio não está apenas ligado ao afeto e sim ao respeito à ajuda mútua dos integrantes, deste modo é crucial a reciprocidade.

Ainda nessa premissa principiológica, destaca-se o pluralismo familiar, o qual prevê a autonomia aos entes que compõe o grupo familiar. Trata-se de previsão legal que, embora presente implicitamente nas normativas jurídicas, não são de fato aplicadas em casos de lares que sejam diferentes do padrão patriarcal. Neste sentido:

*Em virtude das transformações ocorridas e que estão a ocorrer no direito de família, alguns princípios emergem do*

*sistema jurídico brasileiro e que poderiam desfrutar de autonomia, como o princípio do pluralismo de entidades familiares, adotado pela Constituição de 1988, pois elas são titulares de mesma proteção. Tal princípio, por sua especificidade, encontra fundamento em dois princípios mais gerais, aplicáveis ao direito de família, a saber, o da igualdade e o da liberdade, pois as entidades são juridicamente iguais, ainda que diferentes, e as pessoas são livres para constituí-las. (LÔBO, 2011, p. 59)*

Nesse sentido, é visível a mutação dos lares brasileiros levando em consideração principalmente a autonomia inerente aos indivíduos. Com isso, é comum a presença de animais em casas, apartamentos, condomínios no âmbito urbano e também rural. Para muitos, a chegada de um animal, seja qual for a espécie, em um ambiente familiar, é motivo de muita alegria, além de ser evidente que o homem faz parte de uma sociedade política e familiar que o impede de nascer e viver de forma isolada. Diante desta afirmação é perceptível que o convívio humano não se limita apenas na interação social entre indivíduos da mesma espécie, mas também nas relações humano-animal.

Estas relações norteiam-se pelo carinho que esses animais domesticados transferem aos seus responsáveis, proporcionando companhia e qualidade de vida. Estudos realizados por Giumelli e Santos (2016) abordam que a presença de animais de estimação diminui a solidão e torna-se mais característico a felicidade, amor e compaixão. A vida a dois ou a mais componentes agora torna-se mais leve e descontraída.

A chegada de um ser vivo dotado de peculiaridades requer um cuidado especial, são seres com necessidades distintas que através dele, as relações afetivas entre espécies evoluem consideravelmente. Com isso, encontra em seu tutor o sentimento materno e fraterno que garantem a eles proteção, importância e por vezes igualdade de condições.

O padrão habitual entre indivíduos da mesma espécie em que os animais estavam presentes apenas para auxílio em trabalhos familiares, como caça, e desenvolvimento da agricultura foi gradativamente dando lugar a inserção do animal como membro familiar dotado de particularidades e cuidados especiais sem que necessite tecnicamente de desenvolver uma atividade específica para conviver naquele ambiente.

Diante de tais mudanças nota-se que o relacionamento entre humano e animal se sobressai do convencional dono e coisa para os enlaces familiares. O animal de estimação ganha nome, regalias, cuidados e afetos que por muitas vezes podem ser comparados ou se sobrepõe aos atos que são destinados apenas a indivíduos da mesma espécie.

Eis que surge a referida família, um conjunto de seres presentes no mesmo âmbito familiar, em que, independentemente de sua espécie, convivem em harmonia e possuem importância tanto quanto qualquer outro indivíduo. Essa convivência caracteriza ainda mais a presença do animal no núcleo familiar assim como se faz necessária a proteção deste.

Em plena pós-modernidade é evidente o sentimento, cuidado e a paixão que envolve os componentes dessa família, e em razão disso, torna-se cada vez mais presentes os grupos com vários componentes. Na ocasião, convém relatar que neste novo conceito de família não estão presentes apenas cachorros ou gatos, cada grupo familiar é composto por suas particularidades e diferentes espécies que precisam de proteção a sua dignidade de convívio, assim como de direitos específicos que regulam de forma eficaz e segura as condições desses seres indefesos juridicamente.

Apesar de ainda ser considerado para muitos uma situação pitoresca, a inclusão destes animais em ambientes humanos é cada vez mais visível na contemporaneidade. Não há dúvidas das relações de afeto em que os tutores os têm como filhos mais que necessários para a convivência diária que significativamente caracterizam a base da afetividade. Pode-se afirmar que esta carga emocional desenvolve nestas situações um sentimento de proteção e a busca por direitos e igualdade de representação jurídica para estes.

Portanto, fazem-se cada vez mais necessárias normas que dispõe sobre proteção, garantias e dignidade a este seio familiar, levando sempre em consideração as necessidades de seus componentes, as especialidades de cada animal assim como a instabilidade do lar, haja vista que hodiernamente são comuns os litígios judiciais que versam sobre a extinção da vida conjugal e principalmente consequências dessa dissolução.

## **2.VINCULO CONJUGAL**

O nascimento da relação marital encontra finalidade na concepção de vínculos afetivos e convivência cotidiana a fim de que a conjugalidade seja um processo para a construção de uma realidade dentre os cônjuges e a sociedade. Para melhor caracterização dessa relação, eis que são levados em consideração os

princípios fundamentais, tais como dignidade da pessoa humana e solidariedade, além dos gerais: igualdade, liberdade, afetividade e convivência familiar.

Os fundamentos elencados anteriormente são premissas iniciais da constituição de uma das opções de relações, neste caso a conceituação básica do casamento, abrangendo tanto o judicial quanto o religioso, com convívio contínuo sendo previsto desde a criação da sociedade. A história central do casamento evidencia principalmente a instituição do termo, o qual nasce com um contrato realizado entre duas pessoas de gênero opostos ou iguais visando união duradora, e, em vários casos, a procriação. Fato é que o convênio realizado nas premissas iniciais históricas não previa nenhuma forma de dissolução tendo como base as crenças religiosas sobre a impossibilidade de extinção dos vínculos ligados na fé.

Entretanto, com a força dos eventos sentimentais, infidelidade, ausência ou alteração de afeto, instabilidade financeira, supressão de direitos e modernização, essa restrição foi facilmente alterada, possibilitando aos companheiros o rompimento jurídico do ato, embora que ainda de forma burocrática. Em contrapartida, recai sobre os indivíduos o julgamento da moral e dos bons costumes diretamente impactados por tal garantia. Por vezes os casais se mantinham em brigas e desavenças para não serem apontados com comentários maldosos disseminados em nome da moral e dos bons costumes.

Outrora, as mudanças sociais dos indivíduos e de suas formas de familiaridade, produzem efeitos tanto na definição de companheirismo, quanto nas atualizações de novos grupos de acordo com as preferências pessoais. Dessa forma, eis que surge uma união com garantias jurídicas, porém sem alteração de estado civil da pessoa.

Essa relação é vivenciada em diferentes classes e tem crescimento significativo ao longo dos anos. Dona de vários termos de caracterização como "amasiados", "juntos", "amigados" ou "juntamos as escovas" a União Estável, juridicamente prevista na Lei nº 9.278/1996, é marco regulatório do artigo 226, §3 da Constituição da República, onde prevê proteção e efeitos semelhantes ao casamento.

Sua caracterização é devidamente definida pela convivência pública contínua e duradoura, relação estável, ou seja, vínculo benéfico para ambos e principalmente o ânimo de constituir família que vai além da opção de ter filhos. Ademais, caso desperte o interesse das partes, há previsão expressa para facilitar a

conversão da união em casamento, mesmo nas situações em que a referida ainda não seja comprovada por acordo civil.

Ainda dentro da premissa contratual, vale ressaltar a não obrigatoriedade de acordo, contrato ou cadastro jurídico, sendo facultadas as partes a concepção de documento e sua validação em cartórios. O que significativamente irá influenciar nas formas de dissolução da convivência necessitando de homologação extrajudicial ou apenas o mero aborrecimento da separação de corpos e mudança de residência.

Dado o exposto, e em constante atualização, o conjunto de diretrizes do Brasil prevê o casamento e a união estável como hipóteses de enlances com direitos legitimados e tutelados pelo judiciário, da mesma maneira que regulamentam efetivamente as situações de extinção do instituto com garantias eficazes de acordo com situações normatizadas.

## **2.1 Dissolução da Conjugalidade**

Atualmente o “felizes para sempre” infelizmente não alcança todos os tipos de relacionamentos e até mesmo o discurso tão conhecido “até que a morte os separe” se tornou mero texto padrão de cerimônias para validação formal de uniões.

Nas constantes incertezas da vida, todos os grupos familiares estão sujeitos a abalos estruturais que podem ser ocasionados por diversos fatores. A companhia deixa de ser desejável, o desafeto se sobrepõe aos bons sentimentos e até mesmo o sacrifício por um bem estar presente e futuro tornam-se causas decisivas para o rompimento conjugal.

Nesse sentido, e principalmente visando a proteção da dignidade humana, Carvalho (2012, p 191) relata que caso findo o amor e encerrada a relação marital, é dever do Estado proteger e resguardar o direito individual de se estar só e desse modo refazer a vida. Pois bem, na busca de garantias pessoais e em virtude de demasiadas modificações sociológicas, o ordenamento jurídico prevê várias hipóteses de dissolução elencadas no artigo 1.271 da Lei nº 10406 que instituiu o Código Civil: A sociedade conjugal termina: I- pela morte de um dos cônjuges; II- pela nulidade ou anulação do casamento; IV- pelo divórcio (BRASIL, 2002, 1.271), cabendo assim à situação do indivíduo para adoção de um os itens.

No que diz respeito à sociedade conjugal, ressalta-se a compilação de direitos e deveres inerentes aos indivíduos em convívio. De antemão a convivência, conforme abordada em item anterior, é caracterizada muito além do matrimônio



formal, como exemplo há situações de cônjuges que decidem a não convivência diária ou que a formalidade ainda não foi pactuada, desta forma as disposições para o rompimento definitivo deve compreender as especificidades de cada caso.

Inicialmente e em contrário as situações do objeto sob a análise, as hipóteses de morte, real ou presumida não está ligada ao vício entrepartes, logo, não há no que se falar dessa situação haja visto que a ausência de preceitos norteadores da referida disputa.

Ademais, as formas terminativas do vínculo marital, em grande maioria, são as extinções através do divórcio ou separação judicial. Sendo reconhecida a dissolução por meio consensual em acordo realizado entre as partes por jurisdição de natureza voluntária com a simples busca de sua homologação válida, quando em tal situação resta ausente filhos menores ou incapazes e anuência em todas as implicações da separação.

Em contraposição, quando inerente os vícios de patrimônio, presentes os filhos menores e em divergências de propostas, o caso em questão será analisado por autoridade judiciária em meio ao processo litigioso, ocasião em que reivindica e partilha-se os bens, assim como fixa guarda e ajuda de custo em acordo com a situação dos respectivos.

Uma das espécies de rompimento da convivência é definido como separação judicial, que na prática, está em desuso. As normativas anteriores previam que o divórcio somente obtinha validade após a prévia separação judicial e a permanência de 01 ou 02 anos de separação de fato, contudo, a Emenda Constitucional nº 66/2010 retirou a obrigatoriedade relatando no artigo 206 a extinção do casamento pelo divórcio, assim excluindo a necessidade da prévia separação judicial ou de fato antes de pleitear o divórcio.

Em elo ao exposto, a separação de fato embora desnecessária judicialmente ainda é bastante usada na contemporaneidade principalmente nas relações de União Estável, sendo comum em várias situações e neste caso, tornando objeto de análise jurídica para a conversão de status para o divórcio definitivo em período significativamente com corpos separados e ausência do seio familiar.

Contrário ao procedimento formal do casamento, apesar de possuir direitos equiparados, a União Estável dispensa a formalidade burocrática social e religiosa deixando a cargo dos companheiros o livre arbítrio de assinar ou não o documento formal registrado em cartório, e dessa maneira tornando mais fácil sua extinção. Diante disso, a união pode iniciar e extinguir sem nenhum documento, situação muito comum na sociedade brasileira.

Óbvio que, caso haja alguma escritura pública devidamente registrada para validação da união estável faz-se necessário o comparecimento dos cônjuges para assinatura da extinção desta, da mesma forma ocorre no divórcio, judicial ou extrajudicial, em que sua tramitação pode ser acompanhada ou não da presença de advogado a depender da forma terminativa e das especificidades do processo de dissolução de cada caso.

Em contrapartida, a ausência da escritura pública torna a vida dos conviventes mais fácil e prática uma vez que não é necessário despertar a máquina judiciária para a separação, em regra geral a busca por formação de processo a parte contrária encontra sustento apenas quando não se obtém acordo em partilhas de determinados bens ou quando há confronto relacionado a guarda de menores e incapazes.

## **2.2 Hipóteses de fixação de guarda de menores, animais estimação e responsabilidade de custos**

O âmbito familiar com rupturas em sua organização, caracteriza mais uma demanda de litígios a serem sanados pelo Poder Judiciário. Situação essa que pode se agravar ao presenciar o interesse de menores e incapazes referente a sua guarda ou tutela.

A proteção dos filhos por diversas vezes constitui causa de permanência de casamentos em que a convivência não é mais desejada, assim visível à preocupação com o bem estar físico e emocional da criança. Em contrapartida, ocorrido o rompimento da conjugal, a principal preocupação na esfera do Direito de Família é a garantia de direitos e proteção dos menores que neste momento da lide encontram-se claramente vulneráveis.

Vale lembrar que o Capítulo III, Seção VII, da Constituição Federal artigo 226 ao 230 dispõe sobre os direitos inerentes a família, criança, adolescente, jovens e idosos, abordando claramente o dever do Estado em amparar, assistir e assegurar com prioridade os seus direitos. De tal modo, configura rol taxativo que coloca o Estado como um dos principais garantidores de direitos quando o assunto versa sobre itens inerentes a família, apesar de seu livre arbítrio de planejamento familiar.

O fato é que, independentemente das escolhas realizadas entre genitores, os menores, incapazes e animais de estimação não podem ter suprimido o seu contato e convivência com ambas as partes. Ousa-se mencionar os animais de estimação porque, com convicção, eles são componentes essenciais em várias sociedades conjugais e figuram no polo de filhos dotados de incapacidade apesar de espécie distinta ao seu cuidador.

Já que a legislação garante aos cônjuges a possibilidade de planejamento familiar e sua composição, não há o que se falar em exclusão de tais seres quando o assunto versa sobre a dissolução e proteção de seus direitos. Os indivíduos, gozando de livre arbítrio, decidem a sua forma de coabitação e seus membros familiares, e nesse sentido, configura claramente seu planejamento com base em princípios existenciais. Então, nada mais justo que garantir ao menos atenção em todos os âmbitos do litígio quando há separação.

Nesse sentido, a extinção do casamento ou união estável jamais pode ser motivo para o rompimento entre pais e filhos e tutores, mesmo que não haja ânimo de convivência e residência em comum. A partir dessa premissa, considerando a importância afetiva e os preceitos existenciais, os juristas regulamentam a previsão expressa das hipóteses de guarda.

Assunto sólido no ramo do Direito Civil, o princípio do interesse do menor garante a análise minuciosa do caso em concreto a fim de que se torne a melhor decisão, seguindo as hipóteses de guarda unilateral ou compartilhada.

A conceituação de ambas são claras e com características específicas. Para melhor contextualização, a fixação da guarda unilateral ocorre quando apenas um dos genitores possui o poder de decisão quanto às implicações referentes ao menor e o outro apenas o direito de visita a ser previamente fixado por decisão judicial ou acordo entre as partes, sendo extremamente necessário a comprovação da impossibilidade de alguma das partes seja em virtude de incapacidade social, mental ou em cumprir o papel preliminar de convivência e de diálogo para a tomada de decisões.

Entretanto, no que tange a guarda compartilhada os ex-cônjuges respondem juntos pelos filhos em igualdade e convivência, sendo aplicada na maioria dos casos, já que a criança necessita de convivência materna e paterna e não deve ser levado em consideração apenas o desejo da referida em escolher um ou outro.

Objeto de opiniões contrárias, a guarda compartilhada devidamente regulamentada através da Lei nº 13.058 de 2014, garante a possibilidade de um vínculo regular entre uma família dissolvida. O grande questionamento acerca do instituto é a consequência que traz a criança ou ao incapaz a alteração da rotina em virtude de permanecer alguns dias em um domicílio e dias em outro, apesar de na teoria esta hipótese não possuir conceito central vinculado, apenas a divisão previamente legal de dias de permanência entre genitores.

O cerne principal, definido pela convivência e afeto, se sobrepõe a qualquer relacionamento pacífico ou não entre os indivíduos. Nessa premissa, é constituída obrigação aos genitores a educação, zelo pelos interesses, proteção e criação dos filhos com assistência básica e quaisquer necessidades eventuais. Desse modo, a guarda nada mais é que a primazia de custódia aos menores, juntamente com a prevalência da afetividade, convivência e garantias de direitos e responsabilidades inerentes.

Veja bem, ao falar de menores tem-se o conceito inicial de incapacidade, de responsabilidade e principalmente afeto, termos que estão visivelmente inerentes a todos os animais de estimação e seus tutores. Seria muito fácil lidar com situações entre proprietário e bem, uma vez que o mercado de filhotes de várias espécies está cada vez mais comum na sociedade mundial, desconsiderando os sentimentos existenciais, as particularidades das partes e principalmente as necessidades e condições de cada um.

Portanto, a mera comprovação de compra venda seria o suficiente quando a lide se volta a quem tem o direito de manter o animal sob sua guarda. Então, o simples pagamento não deve se tornar prova suficiente para decisão final, nem sempre o detentor da coisa possui a responsabilidade afetiva. Como exemplo, no caso onde o marido dá a esposa, o presente de um gato de raça, com valor consideravelmente elevado. Nesta situação, ela é a principal cuidadora do animal, onde desenvolve um enlace afetivo enorme do início ao fim da dissolução conjugal. No momento de separação, o marido reivindica o gato citando as normas regulamentadoras de compra e venda, apenas para obter vantagem ou de certa forma penalizar a outra parte e contrário a quaisquer impressões do animal.

### **2.3 Humanização do animal**

Contradição mais contemporânea não existe. Humano e animal foram cientificamente conceituados a séculos. Entretanto, é cada vez mais evidente as tratativas de animais, dadas as devidas ressalvas, em “pé de igualdade” aos humanos. O fato é que, estes animais, tanto domésticos quanto silvestres, encantam desde a fase filhote ao fim da vida, de geração a geração.

O que claramente é notado no cotidiano, tanto em ONG's (Organização Não Governamental) quanto no seio familiar, é o enlace afetivo que cerceia a relação humano e animal. A paixão pela luta em busca da proteção, qualidade de vida, direitos e garantias individuais demonstra a importância de cada ser na vida de muitas pessoas na sociedade.

Essa importância não se define com o mero ato da concepção ou com o limite de espécies, ela está presente no âmago dos indivíduos, nos bons sentimentos existentes em cada um. Deveras, em vários lares, os animais de companhia possuem mais regalias, cuidados, atenção e relevância que muitos seres existentes. Não menosprezando a vasta mansidão de espécies, mas destacando o poder do enlace afetivo que cerceia tais relações.

Ao permanecer ou conviver em um ambiente que possua algum animal doméstico, seja gato, cachorro, pássaros, tartarugas, porcos dentre outros, é nítido o carinho e a preocupação existente. Aliás, aspectos inerentes a base familiar, composta por um conjunto de emoções que garantem firmeza a convivência contínua e talvez duradoura. Estes sentimentos transcendem o gênero ou espécie de ser vivo, de tal forma que as concepções de sociedade familiar vão muito além do casamento e do gênero participante.

O instinto maternal, fraternal e afetivo presente em cada indivíduo permitem que as diversas formas de cuidado com seus *Pet's*, termo em inglês utilizado para referir aos animais de estimação, sejam as mais variadas e criativas possíveis. Na grande maioria dos casos, são considerados filhos ou netos independentemente do fator biológico pré-existente.

Nessa premissa, em diversos casos inseridos no meio social é visível a equiparação do animal de estimação à qualidade de humano realizada pelo tutor com o seu animal, seja nas formas de tratamento quanto na luta por direitos e garantias em que todas os cuidadores se tornam tios e tias. Uma evidência contemporânea está nas crescentes inovações do comércio destinadas a categoria, são vários hotéis, rações e petiscos, roupas, remédios, bebedouros cada vez mais modernos, especializações na área e até mesmo serviço de táxi para melhor comodidade de seu companheiro.

Não distante desse cotidiano e mesmo com insuficiência de recursos financeiros, os tutores procuram, de acordo com sua realidade, proporcionar ao animal uma qualidade de vida significativa e para isso esforços não são poupados.

A visibilidade dessas atitudes está muito além da casa do vizinho. Hodiernamente a tecnologia, ao alcance de muitos e cada vez mais acessível, proporciona divulgação em massa de diversos casos. Dessa forma, é frequente a comoção social de afeto entre várias situações como: o cuidado e carinho que um morador de rua tem ao cobrir seu animal em meio ao frio da cidade deserta ou a alegria de um cachorro ao empurrar e acompanhar um idoso em sua cadeira de

rodas ou a satisfação de um gato ao deitar para receber um cafuné e até mesmo participar de brincadeira desenvolvida por ser responsáveis.

A relevância vai além da espécie, está nos cuidados, no sentimento, na alegria e no companheirismo de cada vivente. Seres indefesos e ingênuos ousadamente colocados em situação análogas às crianças parcialmente submissas a cuidados, com tutores preocupados com suas condições de saúde e bem estar.

Objeto não encontra sustentação somente na disposição de garantias que versam sobre maus tratos, mas também nas condições de sobrevivência, no conforto de um lar com aspectos afetivos. Movimentos, causas de defesa que procura a exclusão taxativa de animais de estimação de cunho meramente patrimonial.

### **3. ENCADEAMENTOS JURISPRUDENCIAIS**

Na contemporaneidade, a intensa movimentação da máquina judiciária para elaboração de decisões acerca da tutela de animais domésticos, ocasionou o questionamento sobre a forma de garantir proteção jurídica a seres sencientes dotados de particularidade biológicas, assim como o atendimento às necessidades pessoais em consonância aos vínculos afetivos e imposições sociais.

Ante a ausência de normas específicas, dispondo sobre as lides entre indivíduos em disputa pela guarda destes animais, torna-se complexo a definição de parâmetros para sanar o conflito existente. Em regra, constata-se proteção constitucional através do artigo 225, §1, inciso VII da Constituição Federal de 1988 assim como a Lei n° 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções quanto aos crimes ambientais.

Ocorre que, apesar de antigo, porém em uso, entendimento doutrinário e normativo os animais recebem a caracterização de seres desprovidos de personalidade, ficando relativamente ligados ao seu proprietário e sendo estritamente enquadrados como bens dotados de movimento próprio sem caráter econômico, conforme preceitua o artigo 82 da Lei n 10.406/2002: são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômicosocial. Desta forma a terminologia utilizada "bens" ou "coisas móveis" garantem ao ser a valoração econômica e ligação estrita ao "dono"/proprietário, onde a relação fixada vai além do "nu-proprietário" e seu direito sob a compra em determinado bem.

Contudo, em observância aos casos existentes e em consoante a evolução social, inúmeros juristas compreendem o animal dotado de personalidade, sendo



um ser senciente que necessita de atenção e normativa especial. Um avanço notável e que evidentemente garantirá um impacto positivo nas análises jurisprudenciais e no mercado econômico. Nesse sentido destaca-se destaca – se o Recurso Especial 1713167 / SP 2017/0239804-9, Relator Ministro Luis Felipe Salomão:

*RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. ARGUIÇÃO NA COSNTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO. Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito do consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar. 5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo no tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambo os cônjuge pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. O animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, ao fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que*

*estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido. (STJ, 2018, ONLINE).*

Nota-se que muito além do valor proprietário, as necessidades do animal precisam ser atendidas. Diante disso, a mera análise superficial do direito patrimonial não garante decisão efetiva, por isso, faz-se necessário o estudo para a melhor compreensão das garantias e assistências a estes, para assegurar a eficácia das decisões proferidas. Diante disso em consonância ao relatado dispõe o Recurso Especial TJ-GO AI: 0450918022018809000, Relator Fausto Moreira Diniz:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. TUTELA DE URGÊNCIA. GUARDA DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. INTERSECÇÕES ENTRE O DIREITO DAS COISAS E O DE FAMÍLIA. A ressignificância contemporânea do apreço familiar e a singularidade do afeto estabelecido transportam do Direito das Coisas para o de Família a discussão judicial acerca de suas custódias. Nesse particular, levando em consideração as variáveis do litígio vertente, dessome-se, a partir de uma cognição sumária, que a autora possui melhores condições para os cuidados necessários ao bem estar do pet, devendo, por ora, permanecer com a guarda. (TJ-GO, 2019, ONLINE).*

A afetividade presente na modernidade trouxe consigo a inclusão, não somente humana, mas o enlace entre espécies que em momentos anteriores era considerado uma situação pitoresca, hoje, diversos projetos de lei utilizam esta premissa como estrutura central de vários projetos políticos sociais e econômicos.

E foi nesse cenário que uma das principais alterações dispostas sobre o tema foi sancionada. Proposta pelo Deputado Federal Ricardo Izar (PSD - SP), sancionada e com tramitação encerrada em meados do fim do ano de 2018, o Projeto de Lei da Câmara, agora Lei nº 27, de 2018, advém com o objetivo crucial de definir a natureza jurídica dos animais como seres sencientes, atribuídos de emoção, natureza biológica e suscetível ao sofrimento.

Pontapé inicial para atribuição de garantias, fixação de julgamentos em análise a natureza sui generis do animal e rompimento de barreiras que permitem a criação de projetos interligados com a nova conceituação, como exemplo a criação do Projeto de Lei nº 6590, de 2019, de autoria do Senador Luiz Carlos

Heinze (PP-RS), que ainda está em tramitação e tem como objeto central a conceituação de animais de estimação, bem como a criação de diretrizes econômicas para o comércio e a indústria.

Nesse sentido, convém dispor que a adequação do ordenamento jurídico visando o bem estar animal impulsiona não somente a relação afetiva como principalmente o mercado econômico que gira em torno de produtos e serviço destinados aos diversos animais.

Assim a caracterização da natureza e conceituação do instituto inicialmente prevê garantias legais norteadoras para a tomada de decisões com sustentação e certamente mais eficazes, cabendo ao jurista a interpretação dos fatos apontados juntamente com as condições biológicas do ser e as jurisprudências atualizadas.

Com isso, a crescente inclusão social dos animais aquece a economia e gera movimentos de leste a oeste do País em prol de reconhecimento. Nesse sentido, as discussões sobre direitos de toda e qualquer espécie tem grande proporção na sociedade, de forma que é tema bastante mencionado pela mídia em diversos eventos até mesmo em repercussão global. Um exemplo de grande importância principalmente no meio artístico e de ampla divulgação, é a festa de entrega do Oscar, em que, durante a premiação referente a categoria de melhor ator, que ocorreu em 24 de fevereiro de 2019, o ator Joaquin Phoenix que obteve a estatueta ao interpretar o vilão Coringa, em filme solo e em seu breve discurso frisou veementemente a necessidade de se olhar as espécies independentemente de superioridade, o qual dispõe:

*Todos nós compartilhamos o mesmo amor pelo cinema. E essa forma de expressão me deu uma vida extraordinária... Mas o maior presente que isto me deu, e deu a muitos nessa sala, é a oportunidade de dar voz aos que não têm voz. Eu estive pensando em alguns problemas angustiantes que enfrentamos coletivamente. Penso que às vezes sentimos, ou fomos levados a sentir, que defendemos causas diferentes, mas para mim, eu vejo comunalidade. Eu acho que se estamos falando de desigualdade de gênero, racismo, direitos indígenas ou direitos dos animais, estamos falando sobre a luta contra a injustiça. Estamos falando da luta contra a crença de uma nação, um povo, uma raça, um gênero ou uma espécie que tem o direito de dominar, controlar, usar e explorar outra com impunidade. Penso que ficamos muito desconectados do mundo natural, e muitos de nós somos*

*culpados de uma visão de mundo egocêntrica, a crença de que somos o centro do universo. Entramos no mundo natural e saqueamos seus recursos... e acho que tememos a idéia de mudança pessoal porque pensamos que precisamos sacrificar algo para desistir de algo. Mas os seres humanos, no nosso melhor, são tão inventivos, criativos e engenhosos, e acho que quando usamos o amor e a compaixão com nossos princípios orientadores, podemos criar, desenvolver e implementar sistemas de mudança que são benéficos para todos os seres sencientes e o ambiente.*

Dessa maneira, a simples alteração da natureza jurídica ou termo que enquadrem as espécies não resolve todas as demandas que versam sobre eles, é crucial a verificação das necessidades desenvolvidas pelos animais, assim como o grau de participação e afetividade.

#### **4.CONCLUSÃO**

Embora ainda considerado como pitorescos os litígios judiciais versando sobre o tema abordado, verifica-se a singularidade do caso juntamente com a crescente busca por solução do determinado conflito. Nesse sentido, o desenvolvimento do projeto permite analisar os mecanismos aplicáveis para sanar a situação de modo que seja ponderando a vontade das partes e principalmente o bem estar do ser envolvido.

Durante a absorção dos dados, é nitida a modificação sociológica quando o assunto versa sobre animais e o convívio social. A inserção destas espécies no âmbito urbano é evidenciada desde a convivência diária até estudos médicos, terapias e vertentes lucrativas do mercado econômico. Diante disso, a importância desta temática está interligada não somente com a proteção de indefesos, mas também com as relações humano-animal em análise constante a evolução social e as implicações presentes ao considerar o animal como meramente coisa ou como ser dotado de sentiência e necessidades individuais.

Sobretudo o estudo realizado permite a comunidade jurídica compreender a constante existência e crescimento de situações semelhantes a esta, tanto quanto refletir sobre a aplicação das teorias presentes juntamente com a possibilidade de adequação do ordenamento jurídico para melhor ponderar as decisões futuras.

Ao expor e discorrer as premissas apresentadas constata-se a ausência de normas específicas que norteiam as decisões tomadas pelos magistrados, diante disso, fez-se necessário a aplicação análoga de direitos pré-regulamentados pela

Constituição da República Federativa do Brasil assim como princípios norteadores dos Direitos das Famílias e também jurisprudências sob os litígios existentes.

Sendo assim, a partir dos dados coletados, verificou-se a distribuição de casos conforme organização de cada ente judiciário onde se interpôs a ação. A mera comprovação de compra venda ou denominação de adontante principal não torna fator determinante para a garantia de sucesso no processo haja vista que resta certa lacuna em competência determinante para análise do caso e regulamentação normativa direcionadora.

Neste caso, é justificada a possibilidade de diversos encadeamentos judiciais, em razão de ora aplicar por analogia os direitos de menores, crianças e adolescentes, com enfoque na fixação de guarda e ora ponderar sob a ótica do Direito das coisas em cunho patrimonial, assim permitindo o alcance efetivo dos objetivos propostos inicialmente.

Ocorre que apesar de projetos de lei existentes regulamentando a natureza jurídica deles ainda são tratados com indiferença social em razão de uma concepção arcaica de que os *pet's* são apenas uma espécie presente no ambiente humano, sem qualquer voz ou vez.

Ademais, o ponto central da pesquisa sustenta seu desenvolvimento a partir da lacuna normativa existente, critérios e normas analisadas acerca dos casos de disputa pela guarda de animais de estimação, além da afirmativa das consequências, juntamente com a avaliação de conhecimentos, considerando dados colhidos e a interpretação de casos que levam a corroboração da teoria em adoção ao método hipotético-dedutivo.

Ainda dentro das técnicas norteadoras, o acesso a doutrinas e teses da contemporaneidade evidencia os princípios basilares de garantias familiares. Entretanto, poucos validam de forma clara a existência destas relações e a possibilidade de preservar suas garantias caracterizando de forma eficaz o surgimento de uma nova concepção familiar.

Além disso, a utilização da pesquisa documental garantiu a análise e aplicação de casos semelhantes existentes em registros jurídicos. Neste caso, as literaturas específicas, normas e súmulas demonstram a forma como as disputas são sanadas durante o andamento processual, mecanismos cruciais para a explanação da teoria abordada e aplicação em acordo com as alterações sociais em atenção a constante mutação do ordenamento jurídico.

Infelizmente as situações habituais e encadeamentos judiciais apontados não detêm a seriedade como outros litígios jurídicos, com isso a demora em pacificação do assunto através da criação de leis, emendas ou doutrinas a respeito. Nesse sentido, observa-se a aplicação análoga de leis existentes que não garantem a individualidade de cada um, contudo, supre preliminarmente a ausência de princípios que regulam a causa.

Em suma a regulamentação da natureza jurídica, direitos inerentes, representação e proteção destes animais de estimação garantem a aplicação efetiva das sentenças consoante aos litígios interpostos, assim como solidifica a importância dos referidos em meio as relações entre espécies. Outrossim, é indiscutível o crescimento que o mercado econômico obterá a partir da concretização jurídica quanto a situação e carência dos Pet's. Diante do exposto, quanto mais considerável e minuciosa a discursão da categoria mais efeitos positivos são lançados na sociedade.

#### **4.REFERÊNCIAS**

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Proposta estabelece regras para guarda de animal em caso de divórcio.** 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/552146-proposta-estabelece-regras-para-guarda-de-animal-em-caso-de-divorcio/>. Acesso em: 11 maio 2020.

ANIMAL, Psicologia. **Família multiespécie é tendência mundial.** Disponível em: <https://psicologiaanimal.com.br/familia-multiespecie-e-tendencia-mundial/>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** texto promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pela Emenda Constitucional nº 1/92 a 42/2003 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília – DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

BRASIL. **EC 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.. Brasília, 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: 22 abr. 2020.

BRASIL. Lei 8.8069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Organizada por Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Wind e Livia Céspedes. 17º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Insitui o Código Civil. In: VADE Mecum. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4º turma). **Recurso Especial: Resp – 1713167 SP 2017/0239804-9.** Recurso especial. Direito civil. Dissolução de união estável. Animal de estimação. Aquisição na constância do relacionamento. Intenso afeto dos companheiros pelo animal. Direito de visitas. Possibilidade, a depender do caso concreto. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 09 de outubro de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9?ref=serp>. Acesso em: 20 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás TJ-GO - Agravo de Instrumento (CPC): **AI 0450918-02.2018.8.09.0000.** Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712851343/agravo-de-instrumento-cpc-ai-4509180220188090000?ref=serp>. Acesso em: 16, abr, 2020.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **Direito de Família e Direitos Humanos: Pluralidade familiar e dignidade humana como centro das relações familiares.** São Paulo: Edijur, 2012

CUNHA, Bruno Horwatitsch. **Dilemas jurídicos e discussões éticas contemporânea da proteção animal: A agenda política Catarinense.** 2014. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional) – Centro de Ciências Humanas e da Comunicação. Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias.** 6º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FAUTH, Juliana de Andrade. **Sujeitos de Direito não personalizados e o status jurídico civil dos animais não humanos.** 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia 2016.

GONÇALVES, Hortência de Abreu. **Manual de metodologia da pesquisa científica.** São Paulo: Avercamp, 2005.

IBDFAM. **Família multiespécie e a guarda de animais sencientes em divórcio extrajudicial.** 2019. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6898/Fam%C3%ADlia%20multiesp%C3%A9cie%20e%20a%20guarda%20de%20animais%20sencientes%20em%20div%C3%B3rcio%20extrajudicial:%20tema%20de%20artigo%20na%20Revista%20Cient%C3%ADfica%20do%20IBDFAM>. Acesso em: 26 abr. 2020.

IBDFAM. **IBDFAM aprova Enunciados.** 2015. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados>. Acesso em: 26 abr. 2020.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Guilherme Antunes de. **Pensar nos bichos: afetos e políticas de proteção animal.** 2012. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade Federal de São Carlos) – Centro de Educação e Ciências Humanas. Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2012.

PRODANOV, C. C.; De Freitas, E. C. **Metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico.** 2. ed. Novo Hamburgo: Universidade Feevale, 2013.

REGIS, Arthur Henrique de Pontes. **Fundamento (s) para um status jurídico (SUI GENERIS) para os animais não humanos.** 2017. Tese (Doutorado em Bioética) – Programa de Pós-Graduação em Bioética. Universidade de Brasília, Brasília – DF, 2017.

SENADO FEDERAL. **PROJETO DE LEI DA CÂMARA Nº 27, DE 2018:** Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7729363&ts=1574367802793&disposition=inline>. Acesso em: 10 maio 2020.

SENADO FEDERAL. **PROJETO DE LEI Nº 6590, DE 2019.** 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8059437&ts=1584131687119&disposition=inline>. Acesso em: 11 maio 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **O mundo animal no dia a dia da Justiça.** 2018. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-09-30\\_06-03\\_O-mundo-animal-no-dia-a-dia-da-Justica.aspx](http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-09-30_06-03_O-mundo-animal-no-dia-a-dia-da-Justica.aspx). Acesso em: 20 abr. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ - **RECURSO ESPECIAL: REsp 1713167 SP 2017/0239804-9.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9?ref=serp>. Acesso em: 16, abr, 2020.

UOL. **Discurso de Joaquin Phoenix no Oscar 2020 na íntegra e legendado.** Disponível em: <https://rollingstone.uol.com.br/noticia/assista-ao-discurso-de-joaquin-phoenix-no-oscar-2020-na-integra-e-legendado/>. Acesso em: 19, abr, 2020.

NOTA:

<sup>[1]</sup> Especialista em Direito Previdenciário, Direito e Processo do Trabalho. Professora de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Mestranda em Direito Constitucional Econômico pela UNIALFA. Advogada. E-mail: [flavia.schadong@p.catolica-to.edu.br](mailto:flavia.schadong@p.catolica-to.edu.br).

## DIREITOS HUMANOS DA TRIBUTAÇÃO E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO

### LEONARDO RIBEIRO DA SILVA:

Bacharel em Direito, Universidade Católica de Brasília - UCB, Especialista em Direito Administrativo, LFG/Anhaguera. Advogado.

**Resumo:** O presente artigo aborda: o princípio da vedação ao confisco previsto expressamente na Constituição Federal e que tem como principal objetivo impedir que o Estado, por meio da tributação exacerbada, diminua a capacidade econômica dos cidadãos contribuintes colocando em risco o direito à propriedade e suprimindo o mínimo existencial de sua condição humana, tal princípio será compreendido sob a luz dos direitos humanos. Para melhor compreensão do tema serão vistos também dois princípios tributários constitucionais estreitamente ligados ao princípio de vedação ao confisco, quais sejam: o princípio da isonomia, e o princípio da capacidade contributiva, ademais, também serão analisados o princípio da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial) e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade por serem pertinentes ao tema. Será feita uma breve introdução sobre os direitos humanos (conceito e breve evolução histórica), posteriormente faz-se pequena análise dos princípios da capacidade contributiva e do princípio da dignidade humana. Por fim, o artigo visa demonstrar que o princípio da vedação ao confisco pode ser entendido como um direito humano fundamental, e um importante limitador da tributação no âmbito nacional.

**Palavras chave:** Tributação. Capacidade contributiva. Princípio de vedação ao confisco. Direitos humanos.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Direitos humanos: considerações preliminares 2.1. Direitos humanos e breve evolução histórica da tributação. 3. Princípios tributários constitucionais. 3.1. Princípio da isonomia tributária. 3.2. Princípio da capacidade contributiva. 4. Princípio da Dignidade da pessoa humana. 4.1. Mínimo existencial. 5. Princípio da vedação ao confisco: conceito e generalidades. 5.1. O direito de propriedade e o princípio de vedação ao confisco. 5.2. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 6. Conclusão.

### 1. Introdução

Há algum tempo, a tributação passou a ser entendida não apenas como um meio de arrecadação de recursos para os cofres públicos do Estado, mas também

como um meio de promover os direitos humanos e fundamentais do cidadão contribuinte.

Um dos maiores desafios atuais do Direito Tributário é conseguir encontrar o ponto de equilíbrio entre o interesse arrecadatório do Estado e a proteção do cidadão contribuinte, ora, tal questão está intimamente ligada aos direitos humanos em confronto com o poder soberano estatal de tributar.

Por essa razão, Hugo de Brito Machado (MACHADO, 2010, p.33), com maestria peculiar ensina que: “Nos dias atuais, entretanto, já não é razoável admitir-se a relação tributária como relação de poder, e por isto mesmo devem ser rechaçada as teses autoritaristas. A ideia de liberdade, que preside nos dias atuais a própria concepção do Estado, há de estar presente, sempre, também na relação de tributação”.

E nessa mesma linha de pensamento Ricardo Alexandre (ALEXANDRE, 2016.p. 82) declara que:

Percebe-se que o Estado possui um poder de grande amplitude, mas esse poder não é ilimitado. A relação jurídico-tributária não é meramente uma relação de poder, pois como toda relação jurídica, é balizada pelo direito e, em face da interferência que o poder de tributar gera sobre o direito de propriedade, o legislador constituinte originário resolveu traçar as principais diretrizes e limitações ao exercício de tal poder diretamente na Constituição Federal.

A Constituição de 1988 tem como um dos seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana e como um dos objetivos fundamentais a redução das desigualdades sociais, ora, o cabe ao Estado e à sociedade buscar todos os meios possíveis para promover o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Nos dizeres de Kléverson Gomes Rocha (ROCHA, 2003):

O ordenamento pátrio, através das garantias constitucionais e dos direitos fundamentais protegem as liberdades, limitando o poder de tributar, que deve agir apenas no espaço aberto pelos direitos humanos.

Deste modo, o poder fiscal deve ser constituído no espaço aberto pelas imunidades e privilégios, cabendo observar, que a Constituição brasileira, em seção denominada “das limitações

do poder de tributar” (arts. 150 a 152 da CF), contém o núcleo essencial da cidadania fiscal.

Logo, o poder de tributar do Estado deve sempre ser limitado pelos direitos humanos fundamentais do cidadão contribuinte, lembrando que, os direitos humanos são imprescritíveis, inalienáveis, dotados de eficácia *erga omnes*, absolutos e autoaplicáveis e nesse sentido, o Direito Tributário é imprescindível para a realização dos direitos humanos.

E para que os direitos humanos fundamentais do cidadão contribuinte sejam assegurados, é imprescindível a valoração de outros princípios já explícitos na Constituição, tais como: o princípio da isonomia, o princípio da capacidade contributiva, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da vedação ao confisco, dentre outros.

No entendimento de Thiago Álvares Feital (FEITAL, 2019, p.37-38):

[...] os direitos humanos são apresentados como normas que irradiam efeitos nos domínios da tributação para proteger o contribuinte, elo mais fraco da relação tributária. É nesse sentido que as normas contidas em tratados internacionais são eventualmente invocadas para se argumentar acerca da necessidade de se codificarem instrumentos de defesa do contribuinte, para afastar a tributação confiscatória ou para viabilizar o direito de defesa contra a atuação fiscal.

Assim, a aplicação dos direitos humanos à tributação deve ser feita como uma limitação à sanha arrecadatória do Estado. Os direitos humanos devem servir como balizamento para a tributação

## **2. Direitos Humanos: conceito e considerações preliminares**

Os Direitos Humanos, também denominados por parte da doutrina, como os Direitos do Homem, são os direitos que ultrapassam a esfera positiva dos ordenamentos jurídicos, ou seja, são os direitos ostentados por todas as pessoas e por isso, necessitam apenas ser declarados positivamente pelo ordenamento jurídico constituído, em outras palavras, são direitos naturais, inatos, inderrogáveis que emanam da própria natureza humana bastando ao homem apenas existir.

Logo, direitos humanos são aqueles inerentes à própria natureza da pessoa humana, enquanto ser dotada de racionalidade, igualdade, liberdade e



dignidade. Sua titularidade requer somente o fato de a pessoa existir, e engloba todos os aspectos essenciais para garantir uma existência digna.

Corroborando esse entendimento, João Baptista Herkenhoff (HERKENHOFF, 2004, p.30) ensina que:

Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir.

E ainda segundo o ensinamento de Thomas Paine (PAINE, 1989, p. 55): “os homens são todos de um só nível e, conseqüentemente, todos nasceram iguais e com direitos naturais iguais”.

Destaca-se que, a expressão formal dos direitos humanos se dá por meio de várias normas internacionais de direitos humanos, bem como outros instrumentos legais que começaram a surgir a partir de 1945.

Relevante dizer que, os direitos humanos e os direitos fundamentais não são necessariamente a mesma coisa, embora os seus conceitos se aproximem, pois tem como pedra angular a dignidade da pessoa humana.

De fato, os direitos fundamentais são aqueles essenciais ao homem e estão positivados no ordenamento constitucional interno de cada Estado, baseiam-se no Estado de Direito e na dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais seriam os direitos humanos expressos e positivados na Constituição de Estado, são resultados da evolução histórica e social de cada país, por isso são marcados pela historicidade.

Fábio Konder Comparato (COMPARATO, 2001, p.56) entende que:

Os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.

A melhor doutrina destaca como características dos direitos fundamentais: a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, irrenunciabilidade, a personalidade, a limitabilidade ou relatividade.

Já os direitos humanos estão além das fronteiras, são direitos supranacionais previstos em tratados e outros documentos internacionais, no entanto, os direitos humanos podem ser positivados nas Constituições dos países que se tornarem signatários dos Tratados Internacionais onde eles estão previstos.

Por exemplo, no Brasil o assunto está relacionado a tratados internacionais de direitos humanos, observa-se que podem ser incorporados ao direito pátrio com status ordinário vindo a ter até status constitucional. Os tratados internacionais de Direitos Humanos quando internalizados seguem o procedimento previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988, e adquirem o status constitucional. Vejamos *in verbis* o que diz o artigo:

[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Dessa forma, vemos a relevância dos direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio e também sua importância para todos os ramos do Direito.

## **2.1 Os direitos humanos e breve evolução histórica da tributação.**

Com a organização da sociedade humana surgiu a necessidade de se desenvolver atividades que garantissem recursos para suprir as necessidades coletivas, a evolução do tributo passa por inúmeras fases de organização do Estado, ora como oferendas a divindades pela proteção dada, ora como indenização de guerras ou imposição aos povos vencidos, ora satisfazendo os interesses e necessidades dos governantes ou ainda, satisfazendo necessidades da coletividade.

À medida que a noção de Estado foi se aproximando do conceito hodierno, o tributo passou a ser entendido como algo vital para manutenção do bem comum da coletividade, sendo imprescindível a geração de receitas. Diante disso, o tributo passa a ser uma imposição do Estado à sociedade.

Foi na Grécia antiga que surgiu a primeira noção do que seria hoje, a finalidade social do tributo, pois pela primeira vez o tributo deixa de atender as necessidades e prioridades dos governantes e passa a ser utilizado em prol do povo.

Os gregos tinham um sistema tributário rudimentar, mas ainda assim, conseguiam manter o equilíbrio contábil entre receitas e despesas.

A civilização romana, por sua vez, utilizava a instituição e cobrança de impostos para manter seus exércitos e conquistar outros povos. No entanto, a carga tributária imposta pelos romanos aos povos e nações conquistadas era exacerbada, o que desencadeava forte rejeição social resultando que inúmeras vezes em revoltas, bem como, estimulava a sonegação de impostos.

Na Idade Média, o patrimônio estatal se confundia com o patrimônio particular do rei, e os senhores feudais eram obrigados a pagar as contribuições por concessões gerais ou especiais outorgadas a eles pelo rei, e essas contribuições constituíam a principal fonte dos recursos do Estado.

Foi justamente na Idade Média que surgiu o primeiro documento histórico para o reconhecimento da evolução dos direitos humanos, trata-se da Magna Carta de 1215. Na esfera da tributação, esse importante documento trouxe o conceito rudimentar do princípio da legalidade, pois determinava que o rei só pudesse cobrar os tributos consentidos e que também não seria mais permitida a taxação de impostos excessivos.

Vemos aí, o início da evolução dos direitos humanos configurados na proteção da propriedade privada, na construção de uma tributação dentro da legalidade etc., porém, a Magna Carta só garantia esses direitos ao clero e a nobreza, não era um documento de cunho popular.

Após o período feudal, surge a era das monarquias absolutistas que teve como principal documento, relevante para consolidação dos direitos humanos e ao mesmo tempo importante para a evolução do modelo de tributação do Estado, a Carta Inglesa de 1689 (Bill of Rights).

A Carta Inglesa garantiu a separação dos poderes entre Executivo e Legislativo, e retirou do poder real a prerrogativa de legislar e criar tributos, passando a ser competência do Parlamento essa função.

Considera-se que a Carta Inglesa foi de grande relevância para o fortalecimento e reafirmação dos direitos humanos, pois, contribuiu para a separação

institucional dos poderes do Estado, garantiu que a tributação não fosse utilizada ao bel prazer da realeza e permitiu a defesa dos súditos ingleses pelo Parlamento.

Com o fim do absolutismo e a posterior ascensão da burguesia, nasce o Estado liberal que tinha como principal fundamento o princípio da liberdade. No Estado Liberal, o cidadão abre mão de uma parcela de sua liberdade individual em prol do Estado, que, em contrapartida retribui garantindo proteção contra inimigos externos e, também, proporcionando estabilidade para o desenvolvimento da atividade financeira.

Com o desenvolvimento das atividades financeiras temos o advento do Estado Fiscal cuja principal fonte de receitas é a arrecadação de tributos, e é nesse momento da história que temos a primeira relação configurada entre a tributação e os direitos humanos, qual seja, a liberdade (considerado um direito liberal limitador da tributação).

No liberalismo temos os primeiros esboços de princípios importantes da tributação tais como: o princípio da anterioridade, da vedação à limitação de tráfego, dentre outros.

No entanto, a proteção da liberdade no Estado Liberal era feita por meio de garantias mínimas. De fato, o liberalismo se contentava com a ideia da igualdade formal não havia o interesse estatal de verificar, se as condições de igualdade e liberdade, eram efetivamente as mesmas para toda a sociedade.

Assim, embora, os direitos fundamentais tenham tido expressiva relevância no liberalismo, eles não conseguiram promover o valor maior da dignidade humana, pois se mostraram insuficientes para garantir o mínimo existencial necessário para a construção de uma sociedade mais justa e mais igualitária.

Após o Estado Liberal, nasce o Estado Social que por meio de uma tributação extrafiscal busca a promoção da redistribuição de renda por meio de prestações estatais na área de assistência social, educação, etc.

No Estado Social, a liberdade deve caminhar de mãos dadas com a igualdade, e essa igualdade só é possível por meio da atuação estatal.

A Constituição Mexicana de 1917 trouxe previsões sobre direitos econômicos, e, posteriormente a Constituição Alemã de 1919 reconheceu os direitos econômicos com status de direitos fundamentais.

Mas, com certeza, foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que deu aos direitos econômicos o status de direitos humanos, elevando-o ao mesmo patamar de importância dos direitos políticos e individuais.

Como é sabido, um dos princípios fundamentais da República Brasileira é a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, princípio insculpido no art. 3º da Carta Magna. Ora, a promoção de uma sociedade justa e igualitária prescinde, indubitavelmente, de um sistema tributário que promova e assegure os direitos humanos fundamentais dos cidadãos contribuintes e que assegure o mínimo existencial da dignidade humana.

### **3. Princípios tributários constitucionais**

Os princípios são entendidos como premissas maiores, gerais e abstratas, que delineiam os costumes e os dogmas de determinada época, e, que principalmente norteiam e guiam os sistemas jurídicos vigentes.

Nessa linha de intelecção explica o grande tributarista Roque Antônio Carrazza (CARRAZZA 2011, p. 44):

Por igual modo, em qualquer Ciência, princípio é o começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou demonstração de algo. Nesta medida, é, ainda, a pedra angular de qualquer sistema.

A Constituição Federal de 1988 abriga princípios desde o seu preâmbulo até os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), e já em seu art.1º enumera os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, e os princípios da soberania nacional e da cidadania, conjunto esse de princípios, que figuram entre os mais úteis e essenciais ao desenvolvimento humano.

Hugo de Brito Machado (MACHADO 2010, p. 292), leciona que: “Os princípios jurídicos da tributação funcionam como limitações ao poder de tributar. Como é sabido, o Direito é um sistema de limites. Toda norma jurídica constitui alguma forma de limitação humana. Limita sempre, de alguma forma, a conduta de alguém. O poder de tributar, como expressão de soberania estatal, é limitado precisamente pelos denominados princípios jurídicos da tributação, que ditam a forma e as condições para o exercício daquele aspecto da soberania estatal”.

Dessa forma, como explicitado acima, os princípios tributários constitucionais são aqueles que regulam a atividade tributária e, também são considerados limitações ao poder de tributar.

Nesse sentido, Eduardo Sabbag (SABAGG 2015, p. 56) entende que: “[...] servem esses princípios como verdadeiras garantias constitucionais do contribuinte contra a força tributária do Estado, assumindo a postura de nítidas limitações constitucionais ao poder de tributar. Nessa toada, “consoante a jurisprudência firmada do STF, o poder que tem o Estado de tributar sofre limitações que são tratadas como cláusulas pétreas”.

Assim, os princípios constitucionais tributários que serão vistos nos próximos tópicos, e que limitam a atividade arrecadatória do Estado destinam-se, especialmente, para caracterizar a relação de direito existente entre o Estado e o cidadão contribuinte.

### **3.1. Princípio da isonomia tributária.**

O princípio da isonomia tributária está previsto no art. 150, inciso II, da Constituição Federal e prescreve que: “É vedado [...] instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por ele exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

Tal princípio remonta ao famoso postulado de que se deve “tratar os iguais de maneira igual e tratar os desiguais de maneira desiguais”

Assim deve-se considerar que as pessoas não possuem as mesmas condições dentro de uma mesma sociedade, ou seja, é preciso considerar que a própria natureza humana é feita de diferenças entre os seres da mesma espécie.

Segundo Aristóteles, igualdade seria tratar os iguais na proporção de suas igualdades e os desiguais na proporção de suas desigualdades, essa concepção filosófica foi lembrada e exposta por Ruy Barbosa (BARBOSA, 2004, p. 34), ilustre jurista brasileiro, em sua obra “Oração dos Moços”:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a iguais com



desigualdades, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

No entendimento de Dirley da Cunha Jr (CUNHA JR, 2016, p. 588):

O direito à igualdade é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualam e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (igualdade formal), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (igualdade material), pois todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. A exigência de igualdade decorre do princípio constitucional da igualdade, que é um dos postulados básicos da democracia, pois significa que todos merecem as mesmas oportunidades, sendo defeso qualquer tipo de privilégio e perseguição. O princípio em tela interdita tratamento desigual às pessoas iguais e tratamento igual às pessoas desiguais.

E ainda, segundo o magistério de Hugo de Brito Machado (MACHADO, 2010 p.43):

O princípio da igualdade é a projeção, na área tributária, do princípio geral da isonomia jurídica, ou princípio pelo qual todos são iguais perante a lei. Apresenta-se aqui como garantia uniforme, pela entidade tributante, de quantos se encontrem em condições iguais. Como manifestação desse princípio, temos, em nossa Constituição, a regra da uniformidade dos tributos federais em todo o território nacional.

O autor ainda leciona (MACHADO 2010, p. 293-294) que: “Em matéria tributária, mais do que em qualquer outra, tem relevo a ideia de igualdade no sentido de proporcionalidade. Seria verdadeiramente absurdo pretender-se que todos pagassem o mesmo tributo. Assim no campo da tributação o princípio da isonomia às vezes parece confundir-se com o princípio da capacidade contributiva”.

Nessa mesma linha de intelecção, Eduardo Sabbag (SABBAG, 205, p. 136) assevera que:

“Trata-se de postulado específico que veda o tratamento tributário desigual a contribuintes que se encontrem em situação de equivalência ou equipolência. Enquanto o art. 5º, caput, CF, expõe a temática da igualdade de modo genérico, o art. 150, II, CF, explora-a de modo específico fazendo-a convergir para a seara da tributação”.

### **3.2. Princípio da capacidade contributiva**

O princípio da capacidade contributiva, expresso no art. Art. 145 § 1º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 145 [...]

§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

O princípio da capacidade contributiva, no que diz respeito à tributação, é o principal parâmetro para realizar a justiça tributária. Seu fundamento está intimamente ligado ao princípio da isonomia.

Eduardo Sabbag (SABAGG, 2015, p. 152) entende que:

[...] o princípio da capacidade contributiva está profundamente ligado ao da igualdade, mas neste não se esgota. Enquanto a isonomia evoca um caráter relacional, no bojo do confronto entre situações jurídicas, o princípio da capacidade contributiva, longe de servir apenas para coibir discriminações arbitrárias, abre-se para a consecução de um efetivo ideal de justiça para o Direito Tributário.

A capacidade contributiva também está ligada ao sentido de equidade na tributação, uma vez que determina que o Estado deva tributar o indivíduo de acordo com sua capacidade de suportar o ônus tributário. Dessa forma, o Estado deve tributar os cidadãos contribuintes sempre cuidando para que seja preservada a dignidade da pessoa humana, por meio do respeito ao mínimo existencial.

Para Eduardo Sabbag (SABBAG, 2015, p. 152):

A busca da justiça avoca a noção da “equidade” na tributação. Esta, na visão dos economistas, liga-se ao modo como os recursos são distribuídos pela sociedade, desdobrando-se em duas dimensões: (I) na equidade horizontal, em que deve haver o tratamento igual dos indivíduos considerados iguais, e (II) na equidade vertical, com tratamento desigual aos indivíduos considerados desiguais.

Assim, o objetivo do princípio da capacidade contributiva é, claramente, o de diminuir as desigualdades entre as classes sociais, e por isso mesmo, os postulados de progressividade, seletividade dentre outros são critérios aplicados à capacidade contributiva para sua concretização.

Consideramos ainda que, o princípio da capacidade contributiva incide sobre os tributos em geral e não somente sobre os impostos, sobre isso Hugo Brito Machado (MACHADO, 2010, p. 45) ensina que: [...] “o princípio da capacidade contributiva, ou capacidade econômica diz respeito aos tributos em geral, e não apenas aos impostos, embora apenas a estes esteja expressamente positivado na Constituição. aliás, é esse o princípio que justifica a isenção de certas taxas, e até da contribuição de melhoria, em situações nas quais é evidente a inexistência de capacidade contributiva daquele de quem teria de ser cobrado o tributo.”.

Ademais, consideramos importante salientar que a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de a capacidade contributiva ser estendida para outras espécies tributárias e não somente para os impostos, conforme prevê o artigo 145,§ 1º da Constituição Federal.

Logo, o princípio da capacidade contributiva está ligado ao mínimo existencial, pois, tem como objetivo primordial impedir que o contribuinte seja onerado com uma carga tributária tal que o impedisse de desfrutar minimamente da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a lição de Eduardo Sabbag (SABBAG, 2015, p. 156):

Se o mínimo se traduz na quantidade de riqueza mínima, suficiente para a manutenção do indivíduo e de sua família, sendo intangível pela tributação por via de impostos, é de todo natural que a capacidade contributiva só possa se reputar existente quando se aferir alguma riqueza acima do mínimo vital. Abaixo dessa situação minimamente vital haverá uma

espécie de isenção, para fins de capacidade contributiva aferível. Nesse passo, a isenção do mínimo vital é inseparável do princípio da capacidade contributiva.

Assim, a capacidade contributiva serve como elemento limitador da tributação, na medida em que revela a condição peculiar de cada cidadão contribuinte, ao revelar os sinais de riquezas exteriores como fundamento para a tributação.

#### **4. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana é princípio de valor supremo no Estado Democrático de Direito, e permeia toda a legislação pátria brasileira e está expressamente positivado em vários artigos da Constituição Federal de 1988. É um princípio de tamanha importância e significação que é princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Na lição de Leo Van Holthe (HOLTHER 2006, p.59-61):

Dos princípios fundamentais do Estado brasileiro contidos no art. 1º da Carta Magna, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana como valor jurídico de maior hierarquia axiológica do nosso ordenamento constitucional (ao lado, apenas, do direito a vida).

Com efeito, a doutrina pátria considera o referido princípio como valor supremo do Estado Democrático de direito, além de ser fator de legitimação do exercício do poder estatal, exigindo que a atuação dos poderes públicos e de toda a sociedade tenha como finalidade precípua o respeito e a promoção da dignidade da pessoa humana.

[...] a positivação da dignidade da pessoa humana no art. 1º da Carta Magna como princípio fundamental (e valor-síntese) do Estado democrático brasileiro impõe, para o Estado e para a sociedade, o dever jurídico de respeito à dignidade de todos os seres humanos (aspecto negativo), bem como a prestação de direitos sociais, econômicos e culturais que promovam a igualdade e a liberdade materiais (aspecto positivo), na medida em que o princípio da dignidade da pessoa humana, para além da carga moral que lhe é peculiar, passa a ter plena eficácia jurídica.

Christiane Marques (MARQUES 2007, p. 45) leciona com propriedade que:

O princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto, fundamental e intangível, porque não permite qualquer relativização. E mais, independe de regulamentação, pode estar implícito ou explícito, não necessita de vigência, eficácia e validade, elementos condicionantes das normas, pois assume feição de princípio e, por isso, outorga como valor fundamental uma maior pretensão de eficácia e efetividade.

Nessa mesma linha de pensamento, Rúbia Zanotelli Alvarenga (ALVARENGA 2009, p. 64) assevera que:

Em outras palavras, pode-se afirmar que a CF/88, arrimada nos princípios da igualdade e da liberdade, elegeu o respeito à dignidade humana como o seu dogma maior. É a dignidade humana o núcleo essencial que compõe os Direitos Humanos, a fonte ética que confere unidade, sustentáculo e sentido a todo o sistema constitucional brasileiro.

É relevante observar que a Constituição Federal tratou do princípio da dignidade da pessoa humana no art. 170, que versa sobre a ordem econômica do Estado, vejamos *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...].

Conforme o artigo supracitado pode-se observar que o legislador constituinte originário teve o cuidado, de assegurar que a ordem econômica fosse desenvolvida, de forma a observar a dignidade humana no desenvolvimento e funcionamento da economia.

Nesse sentido, Flademir Belinati Martins (MARTINS 2007, p.72) entende que:

[...] passa-se, a partir do texto de 1988, a ter consciência constitucional de que a prioridade do Estado (política, social, econômica e jurídica) deve ser o homem, em todas as suas dimensões, como fonte de inspiração e fim último. Mas não o

ser humano abstrato do Direito, dos Códigos e das Leis, e sim, o ser humano concreto, da vida real.

[...] Assim, a pessoa humana passa a ser concebida como centro do universo jurídico e prioridade do Direito.

É patente que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser observado em todos os ramos jurídicos, haja vista ele ser o “coração” do sistema jurídico pátrio, bem como o fundamento dos Direitos Humanos.

#### **4.1. Mínimo existencial**

A dignidade da pessoa humana está entrelaçada a determinadas prestações básicas positivas que devem ser protegidas e asseguradas pelo Estado, enquanto Poder Público, para que os cidadãos tenham garantido o mínimo essencial que possibilita uma vida digna, em outras palavras, o exercício efetivo da dignidade da pessoa humana é umbilicalmente ligado a esses direitos mínimos, e, é a partir dessa premissa que se constrói a ideia do mínimo existencial.

Assim, o mínimo existencial configura o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, que como princípio fundamental elencado no art. 1º, inciso III da Carta Magna, é a bússola de todo sistema jurídico pátrio.

O mínimo existencial, também denominado como mínimo vital ou mínimo necessário, em apertada síntese significa o mínimo de riqueza necessária que garanta a subsistência digna do indivíduo e de sua família, sendo que esse mínimo necessário não pode ser alcançado pela tributação.

Para Ana Paula Barcellos (BARCELLOS 2002, p.197-198), o mínimo existencial pode ser conceituado como:

[...] conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física - a sobrevivência e a manutenção do corpo - mas também, espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.



O art. 7º, inciso IV, da CRFB, define quais são as necessidades básicas vitais que devem ser garantidas ao cidadão contribuinte, antes que ele sofra qualquer tipo de tributação. Vejamos o teor do artigo, *in verbis*:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Sobre o artigo supracitado, Eduardo Sabbag (2015, p. 238) entende que a Constituição ao disciplinar os itens que compõe o salário mínimo possibilitou ao legislador os parâmetros necessários para fixar o mínimo existencial, suficiente para garantir a subsistência do indivíduo e sua família, sendo esses parâmetros limites intangíveis pela tributação.

De fato, não existem normas constitucionais específicas sobre o mínimo existencial, e nem como seria a sua quantificação e aplicabilidade, por isso a importância de o legislador fixar parâmetros que garantam essa proteção ao cidadão contribuinte, ou seja, não existe nenhuma previsão expressa que assegure a não tributação do mínimo existencial em nossa Carta Magna.

No entanto, a falta dessa previsão expressa e específica não impede que o mínimo existencial seja percebido, nem, muito menos, a consideração se ele está sendo respeitado ou não.

Nesse aspecto, Regina Helena Costa (COSTA 2003, p.70) defende que: “A fixação do mínimo vital, destarte, variará de acordo com o conceito que se tiver de necessidades básicas. O problema é tormentoso, pois, concerne a decisão política do legislador. Este deverá basear-se, à falta de normas constitucionais específicas, no que, numa sociedade dada razoavelmente se reputaram necessidades fundamentais do indivíduo e de sua família [...]”.

Observa-se que o mínimo existencial é um conceito relativo, o que se explica pela complexidade das sociedades constituídas em cada país do mundo, logo sua definição e aplicabilidade dependem, considerando a realidade fática, da análise de cada sociedade.

Logo, o sistema tributário de uma sociedade precisa se guiar pelos parâmetros que determinam o que é considerado o mínimo existencial naquela sociedade em análise, de modo a assegurar a existência digna de seus cidadãos.

De igual forma, o Poder Judiciário deve se orientar pelos princípios limitadores ao poder de tributar, considerando sempre a importância e aplicação dos direitos humanos em suas decisões, ajudando a construir efetivamente um sistema tributário que preserve a dignidade da pessoa humana e não lhe retire o mínimo vital necessário a uma existência digna.

## **5. Princípio da vedação ao confisco: conceito e generalidades**

Segundo o art. 150, inciso IV da Constituição Federal é vedado à utilização de tributos com efeitos confiscatórios. Senão vejamos o artigo, *in verbis*:

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

[...]

IV - Utilizar tributo com efeito de confisco.

Antes de adentrarmos ao estudo propriamente dito do princípio em tela, é interessante observar que, o confisco na legislação pátria é uma penalidade imposta ao cidadão pela transgressão de uma norma legal, previamente prevista no ordenamento jurídico. Podemos observar essa possibilidade no art. 5º, inciso XLVI, alínea “b”, da CRFB que prevê o perdimento de bens, como uma das possibilidades de sanção pela infração da lei. Outro exemplo de confisco legítimo e legal se encontra no art. 243 da CRFB, que determina o perdimento da propriedade no caso de cultura ilegal de plantas psicotrópicas.

Já, o “não confisco” configura uma prestação negativa do Estado, um não fazer, em outras palavras significa a proibição de o Estado, por meio de uma tributação excessiva e irrazoável, transferir a propriedade do contribuinte para si ou para terceiros.

Dessa forma, o princípio da vedação ao confisco é uma limitação imposta pelo legislador originário constituinte ao poder de tributar do Estado, e se aplica a todas as espécies tributárias. Esse princípio é um direito fundamental do cidadão contribuinte, e, é também, considerado, uma cláusula pétrea implícita na visão de vários doutrinadores tributaristas.

Na lição de Ricardo Alexandre (ALEXANDRE 2016, p. 127):

[...] tributo confiscatório seria um tributo que servisse como punição; já tributo com efeito confiscatório seria o tributo com incidência exagerada de forma que, absorvendo parcela considerável do patrimônio ou da renda produzida pelo particular, gerasse neste e na sociedade em geral uma sensação de verdadeira punição. As duas situações proibidas, a primeira (confisco) pela definição de tributo (CTN, art. 3º); a segunda (efeito de confisco) pelo art. 150, IV, da CF/88.

Na conceituação de Leandro Paulsen (PAULSEN 2007, p. 220), confisco é:

[...] a tomada compulsória da propriedade privada pelo Estado, sem indenização. O inciso comentado refere-se à forma velada, indireta de confisco, que pode ocorrer por tributação excessiva. Não importa a finalidade, mas o efeito da tributação no plano dos fatos. Não é admissível que a alíquota de um imposto seja elevada a ponto de se tornar insuportável, ensejando atentado ao próprio direito de propriedade. Realmente, de tornar inviável a manutenção da propriedade, o tributo será considerado confiscatório.

Assim, o princípio da vedação ao confisco é um direito e uma garantia de que o contribuinte não será atingido, pelos efeitos de uma tributação injusta e exacerbada. Vale dizer que, o referido princípio está intimamente ligado ao princípio da capacidade contributiva e ao direito de propriedade.

Nas palavras de Eduardo Sabbag (SABBAG 2015, pp. 237-238): [...] “o princípio de vedação ao confisco deriva do princípio da capacidade contributiva, atuando aquele em conjunto com este, porquanto essa capacidade econômica se traduz na aptidão para suportar a carga tributária sem que haja perecimento da riqueza tributável que a lastreia, calcada no mínimo existencial”.

. Importante também ressaltar que, o princípio de vedação ao confisco deve ser considerado sobre toda a carga tributária global incidente sobre o cidadão contribuinte e, não somente sobre um tributo específico, ou seja, é imprescindível que para evitar o efeito confiscatório do tributo seja feita uma avaliação e conjugação da carga tributária global incidente sobre o contribuinte em um determinado período de tempo, com o objetivo de verificar o grau de capacidade contributiva do contribuinte, considerando ainda, os princípios de razoabilidade e proporcionalidade que servem como limitadores aos exageros da tributação pelo Estado.

Nessa linha de pensamento, Eduardo Sabbag (SABBAG 2015, p.246) entende que:

A universalidade da carga tributária, para fins de detecção do confisco tributário, é a única capaz de dimensionar se o pagador de tributos, ao se sujeitar a esta múltipla incidência, terá condições de viver e se desenvolver.

Hugo Brito de Machado (MACHADO 2010, p.47) leciona que: "O caráter confiscatório do tributo há de ser avaliado em função do sistema, vale dizer, em face da carga tributária resultante dos tributos em conjunto".

Ademais, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que o princípio da vedação ao confisco deve ser entendido sobre toda a carga tributária total incidente sobre o contribuinte. Nesse sentido, vejamos um trecho da ementa da ADIMC/2.010, com julgamento em 30-09-1999, da relatoria do Ministro Celso de Mello, que expõe o entendimento da necessidade de se averiguar a carga tributária global:

Ementa: [...] A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo).

A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte – considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público.

Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo – resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal – afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte. (Grifo nosso).

Logo, entende-se que quando há uma incidência tributária cumulativa e irrazoável, sem que haja uma avaliação da capacidade contributiva do contribuinte e, ainda, desconsiderando a carga tributária total, essa exacerbação pode levar ao efeito confiscatório por parte do Estado.

### **5.1. O direito de propriedade e a vedação ao confisco tributário.**

O princípio de vedação ao confisco está intimamente ligado ao direito fundamental de propriedade, vale dizer, que o direito de propriedade embora tenha sido expressamente positivado no texto constitucional de 1988 sempre esteve implicitamente presentes nas Cartas Constitucionais anteriores.

À medida que a proteção ao direito de propriedade foi se fortalecendo, nasceu a necessidade de se positivar garantias que tornassem efetivo esse direito, dentre essas garantias, tem-se a vedação de confisco tributário.

A esse respeito, Eduardo Sabbag (SABBAG 2015, pp.239-240), pondera que:

A vedação constitucional do confisco tributário traduz-se na interdição, pela Carta Política, da pretensão governamental tendente à injusta apropriação do patrimônio particular, parcial ou integralmente, sem correspondente indenização, levando ao comprometimento, em face da insuportabilidade da carga tributária imposta.

É sabido, da mesma forma, que o tributo é inexorável, entretanto o “poder de tributar” não se pode mostrar como um “poder de destruir” ou de aniquilar o patrimônio do particular.

De fato, quando a tributação impede o direito de propriedade e ignora a capacidade contributiva do cidadão, ela se torna injusta e inconstitucional. Nesse sentido, o princípio de vedação ao confisco mostra-se imprescindível como garantia ao direito de propriedade, haja vista que por um lado, fortalece esse direito e, por outro lado, impede a tributação com escopo confiscatório.

Nas palavras de Eduardo Sabbag (SABBAG 2015, p.240): “[...] o princípio que veda a confiscatoriedade “*otimiza o direito de propriedade*”, reforçando-o na essência, uma vez derivável dos direitos fundamentais do contribuinte”.

## **5.2. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade**

Como já exposto anteriormente, a República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito tem como princípio norteador a dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos. Também já foi dito que, a dignidade da pessoa humana irradia os seus efeitos por todo sistema jurídico brasileiro, com o claro objetivo de manter os direitos humanos fundamentais dos cidadãos.

É nesse contexto que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem ser compreendidos quando aplicados ao princípio da vedação ao confisco, ou seja, como limites ligados estreitamente a manutenção dos direitos fundamentais dos contribuintes.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade buscam garantir uma atuação estatal mais justa e equilibrada, ou seja, uma atuação estatal livre de excessos e desproporções na execução da lei.

No âmbito da tributação e especialmente no que tange a vedação ao confisco, são princípios de expressiva relevância, como padrões de avaliação para o entendimento e aplicação da norma jurídica.

Eduardo Sabbag (SABBAG 2015, pp.254-255) no que tange ao princípio da razoabilidade ensina que:

[...] o princípio da razoabilidade, em harmônico convívio com o postulado da proporcionalidade, apresenta-se no cenário em que o excesso e as atitudes incongruentes são proibidos à Administração, disposta a homenagear a prudência no nobre exercício da função estatal.

Neste passo, deve o intérprete, no intrincado trabalho de aquilatar até que ponto o tributo é ou não confiscatório, valer-se da razoabilidade, que lhe servirá de “bússola” para diferenciar aquilo que se põe como confiscatório, em dada conjuntura, sob certa cultura e condição de cada povo, e o que se mostra “razoável”, do ponto de vista da tributação.



Ainda sobre a razoabilidade, Hugo de Brito Machado (MACHADO 2010, pp.126-127) com maestria ensina que:

[...] o princípio da razoabilidade é uma diretriz da razão humana. Prestigiando-o não se está voltando ao racionalismo jurídico, mas, de certa forma, se está reconhecendo suas virtudes, posto que o princípio da razoabilidade preconiza a interpretação das leis conducente a soluções racionais. Entre duas ou mais soluções possíveis em face da lei, opta-se pela que se mostre mais racional.

Já a proporcionalidade tem sido entendida por maior parte da doutrina como uma faceta complementar do princípio da razoabilidade, esse princípio também é conhecido como o princípio da proibição ao excesso.

Nas palavras do mestre Hugo de Brito Machado (MACHADO 2010, p.126): "O princípio da proporcionalidade pode ser definido como o princípio da justiça. O proporcional é em certo sentido o *justo*. E neste sentido podemos dizer que o princípio da proporcionalidade está expressamente previsto em nossa Constituição Federal. É que a vigente Constituição coloca como o primeiro dos objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil *constituir uma sociedade livre, justa e solidária*".

Por fim, nos alinhamos ao entendimento do professor Ricardo Alexandre (ALEXANDRE 2016, p.127) que pondera que: "O princípio da vedação ao efeito confiscatório poderia ser denominado de **princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade da carga tributária**. A ideia subjacente é que o legislador, ao se utilizar do poder de tributar que a Constituição lhe confere, deve fazê-lo de forma razoável e moderada, sem que a tributação tenha por efeito impedir o exercício de atividades lícitas pelo contribuinte, dificultar o suprimento de suas necessidades vitais básicas ou comprometer seu direito a uma existência digna".

Logo, a razoabilidade e a proporcionalidade devem sempre estar presentes na atuação do Poder Judiciário ao analisar e julgar se a tributação tem sido feita com efeito confiscatório ou não.

## 6. Conclusão

O presente artigo buscou demonstrar que a tributação deve ser entendida não apenas como instrumento arrecadatório de recursos para os cofres públicos, mas também deve ser feita à luz dos direitos humanos preservando a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial necessário a uma existência digna.

O enfoque foi dado ao princípio de vedação ao confisco e a sua importância na construção de uma tributação brasileira mais justa e mais condizente com os direitos humanos fundamentais dos contribuintes, para tanto, é imprescindível que as limitações ao poder de tributar sejam aplicadas tanto pelo intérprete como pelo aplicador da norma jurídica, ou seja, é fundamental a atuação do Poder Judiciário para concretizar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como, a efetivação dos direitos humanos na tributação.

Especificamente, no tocante ao princípio de vedação ao confisco, a tributação deve ser feita de forma a não esvaziar o patrimônio do contribuinte, em outras palavras, a tributação não pode incidir de forma a usurpar o direito de propriedade do contribuinte e ainda, comprometer o mínimo vital a uma existência digna.

Por fim, acreditamos que uma tributação lastreada nos direitos humanos e que possibilite uma carga tributária não confiscatória, que permita a plena aplicação dos princípios de igualdade, capacidade contributiva e, o princípio da dignidade da pessoa humana preservando o mínimo existencial, pode garantir efetivamente que toda a população brasileira tenha uma existência digna, bem diferente do abismo social e econômico que tem sido a nossa realidade atual.

## Referências

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 10 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2009.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. São Paulo: Martin Claret: 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** – Obra coletiva de autoria da editora Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10ª edição: Salvador: JusPodivm, 2016.

FEITAL, Thiago Álvares. **A dependência entre os direitos humanos e o Direito Tributário**. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 37-58, out./dez. 2019. Disponível em <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril\\_v.56\\_n224\\_37](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v.56_n224_37)>. Acesso em: 05 mai. 2020.

GUIMARARÃES, Elisabeth da Fonseca. **A construção histórico - sociológica dos direitos humanos**. ORG&DEMO, MARÍLIA, vol.11, nº2, p.95-112, jul-dez, 2010.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos humanos: uma ideia, muitas vozes**. Aparecida: Santuário, 2004.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 2 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm: 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 31 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARQUES, Christiane. **A proteção ao trabalho penoso**. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana. Princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2007.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 8 ed. São Paulo: Dialética, 2008.

PAINE, Thomas. **Os direitos do homem**. Tradução: Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1989.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROCHA, Kléverson Gomes. **A tributação e os direitos humanos**. Revista Jus Navigandi, ISSN 15184862, Teresina, ano 8, n.61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3585>>. Acesso em: 06 mai 2020.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

## O AGENTE POLICIAL DISFARÇADO NA LEI Nº 13.964/2019 (LEI DO PACOTE ANTICRIME): ALGUMAS REFLEXÕES PONTUAIS SOBRE O NOVO INSTITUTO DO AGENTE POLICIAL DISFARÇADO, COM VISTAS A RELATIVIZAR O CRIME IMPOSSÍVEL (OBRA DO AGENTE PROVOCADOR OU FLAGRANTE PREPARADO)

**JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR:** Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

A Lei Federal nº 13.964/2019 denominada de Lei do Pacote Anticrime entrou em vigor recentemente, embora alguns dispositivos legais estejam suspensos até o momento, por força de decisões monocráticas prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, através dos Ministros Dias Toffoli[1] e Luiz Fux[2], ambos do STF.

Sem embargos de vários pontos criticáveis, a novíssima Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime) trouxe à tona o instituto do *agente policial disfarçado*, *parte esta em plena vigência*, que não pode ser confundido com as técnicas de investigação de agente policial infiltrado e agente policial em ação controlada.

Dentre as inovações, o instituto do **agente policial disfarçado** foi inserido no Estatuto do Desarmamento e na Lei de Drogas, consoante a didática apresentada no quadro abaixo:

<b>Inovação trazida pela lei supra à Lei nº 10.826/2013</b>	<b>Inovação trazida pela lei supra à Lei nº 11.343/2006</b>
---	---

<p>“Art. 17. ....</p> <p>Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.</p> <p>§ 1º .....</p> <p>§ 2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a <b>agente policial disfarçado</b>, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”(NR).</p> <p>Art. 18. ....</p> <p>Pena – reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesseis) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a <b>agente policial disfarçado</b>, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”(NR)</p>	<p>Art. 33. ....</p> <p>§ 1º .....</p> <p>.....</p> <p>IV – vende ou entrega drogas ou matéria prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a <b>agente policial disfarçado</b>, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.</p>
---	---

A razão de ser da lei foi de conferir segurança jurídica nas ações policiais ao permitir a técnica do agente policial disfarçado no combate e repressão ao crime de tráfico de arma de fogo e tráfico de drogas que até então, a depender da circunstância tornava nula a prisão em flagrante delito, com relaxamento da prisão. Aliás, em obra escrita em coautoria na Lei Anticrime nos atrevemos a sustentar a incidência desta técnica para outros diversos delitos também, afora do rol enumerado pela novel lei (BARCELOS LIMA; LEITÃO JÚNIOR, 2020).

Com a nova Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime) não existe mais dúvida de que não ocorrerá mais o crime impossível (obra do agente provocador ou de flagrante preparado), quando o policial agir disfarçadamente, para protagonizar a aquisição de armas de fogo ou de drogas entre outras condutas do agente criminoso no tráfico de armas de fogo e tráfico de drogas.

Defende-se estar diante de uma nova norma penal incriminadora autônoma, já que o legislador ordinário seguindo o mandato de criminalização da Constituição Federal (referente ao tráfico de drogas) criminaliza como infração penal a conduta daquele agente criminoso que vende ou entrega drogas, matéria-prima, insumo ou produto químico ao agente policial disfarçado. Na mesma esteira, legislador ordinário passa a criminalizar o agente criminoso que vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição ao agente policial disfarçado. Em ambas as situações, em termos práticos, o legislador passa a propiciar ao mesmo tempo, no campo da intervenção policial (ação policial), a prisão flagrancial do agente criminoso nestas situações sem eivar de nulidade a prisão em flagrante delito, com relaxamento da prisão.

Mas isto não era possível antes? A resposta é não. Não era possível, pois ocorria o crime impossível (obra do agente provocador ou de flagrante preparado), que tornava nula a prisão em flagrante delito, com relaxamento da prisão e outros desdobramentos jurídicos.

Agora, com advento da nova lei, há proteção legal com chancela da ação policial pelo legislador, em vista da prática criminosa realizada pelo autuado.

Houve uma clara preservação da ação policial sob o ponto de vista da legalidade e legitimidade do ato pela Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime), sem o risco de uma possível invalidação da prisão flagrancial e de incriminação da postura policial.

### **Da importância de se conceituar e definir a figura do agente policial disfarçado**

Extraí-se pela leitura atenta da Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime) que, em momento algum a lei conceitua expressamente o instituto do agente policial disfarçado, embora traga o conceito e definição do instituto do agente policial disfarçado de maneira tácita/implícita.

Na obra denominada **Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019** em coautoria com o delegado de polícia, Bruno Barcelos Lima e outros autores, tivemos a oportunidade de conceituar o instituto em análise como:



"[...] a figura do agente policial disfarçado como um modelo de técnica especial de investigação de atuação policial operacional, empregado em situações singulares, que envolveria uma mera campanha policial e uma infiltração policial ou até mesmo uma ação controlada.

Em outra forma de dizer, a novel Lei 13.964/2019, intuitivamente conceitua e define a figura do agente policial disfarçado como o indivíduo que ocultando sua real identidade, se vale ostensivamente como um cidadão comum para coletar elementos probatórios (ou elementos informativos) que ilustrem a conduta delitiva preexistente do sujeito ativo, alvo do agente policial disfarçado.

O agente policial disfarçado, não se infiltra no meio criminoso e nem interfere na ação voluntária e consciente da conduta delitiva do autor dos fatos, alvo do agente policial disfarçado. Entendemos que esta técnica pode se apresentar como uma terceira modalidade de *ação encoberta* dos agentes estatais" (BARCELOS LIMA; LEITÃO JÚNIOR, 2020, p. 85-86).

Em nosso posicionamento, o agente policial disfarçado atua como o indivíduo que oculta sua real identidade, como se fosse um cidadão comum, para coletar elementos probatórios (ou elementos informativos) que apontem a conduta delitiva preexistente do sujeito ativo criminoso, alvo do agente policial disfarçado. Neste prisma, o agente policial disfarçado, não materializa nenhuma infiltração no meio criminoso e nem atua na ação voluntária e consciente da conduta delitiva do agente delitivo, alvo do agente policial disfarçado.

### **A figura do agente policial disfarçado somente pode ser empregada por servidores policiais integrantes das Polícias Judiciárias**

Defende-se o ponto de vista, que para o uso da técnica de ação policial, deva ser necessariamente um servidor integrante das Polícias Judiciárias.

O instituto em apreço é ínsito às investigações policiais que são realizadas constitucionalmente pelas Polícias Judiciárias.

Ademais, a habilidade da atuação e monitoramento de situação de maneira disfarçada e descaracterizada de modo a oportunizar um maior feixe de coleta de possíveis provas de infrações penais (ou elementos informativos) e de sua autoria, sem imiscuir e interferir no curso causal da infração penal, é inerente atividade de polícia judiciária, em que os policiais agem sem identificarem, ostensivamente, seja

por veículos ou por indumentárias – diferente das atividades de policiamento ostensivo e preventivo.

Dedicará mais adiante um maior aprofundamento ao tema neste ponto.

### **Da definição e interferência do agente provocador**

O agente provocador interfere e atua ativamente na linha da infração penal, seja com incitação, instigação e preparação no todo ou em parte do ato delitivo, diante do agente criminoso.

Deste modo, o agente provocador (policial) exterioriza ato ilegítimo e ilegal, diante da atuação.

Diferente disto, o agente policial disfarçado e o agente infiltrado não atuam como agentes provocadores, vez que as ações do agente policial disfarçado e do agente infiltrado são passivas e não ativas como do agente provocador.

### **Da exigência normativa quanto a necessidade da presença de elementos probatórios (ou elementos informativos) suficientes para ilustrar possível conduta criminal preexistente, sob investigação ou suspeita**

A Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime) exige como requisito para a técnica de agente policial disfarçado, qual seja, a demonstração de provas, em grau suficiente, a indicar a possível conduta criminal antes (por isto: preexistente) de o alvo criminoso realizar efetivamente uma conduta criminosa.

Merece crítica respeitosa a técnica redacional adotada pelo legislador pátrio, já que ao corporificar a redação **“quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”**, deu margens para questionamentos, porquanto em sede de investigações policiais o que se tem na maioria das vezes academicamente falando são somente elementos informativos e não provas na concepção jurídica técnica.

Posto isto, partimos da premissa de que o legislador quis na verdade foi abranger provas e elementos informativos razoáveis de conduta criminal preexistente, sob pena de tornar letra morta, estes inéditos dispositivos legais nesses pontos da novel lei. Porém, disto surge outra problemática: **em matéria de direito penal com lei incriminadora poderia haver um alargamento (ampliação/extensão) desta interpretação?** Em nosso ponto de vista, inclinaríamos a dizer que não, embora sobre este ponto centralizarão infindáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Os elementos probatórios (ou elementos informativos) razoáveis a respeito da conduta criminosa preexistente permitem a caracterização do crime sem que se cogite em flagrante preparado, agente provocador ou crime impossível, assegurando que a conduta delitiva foi perpetrada de forma voluntária, livre e consciente pelo agente criminoso.

Registramos que são estas provas (ou elementos informativos) que alicerçam que a participação do agente disfarçado foi neutra e que não teve interferência na linha causal da infração penal.

A título de exemplo, valhamos-nos do mesmo citado na obra intitulada **Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019**:

“Citamos para fins didáticos, um exemplo de materialização desta técnica do agente policial disfarçado, com objetivo de facilitar à compreensão. Assim, suponhamos que um policial que anonimamente (com emprego do agente policial disfarçado) procura adquirir drogas de um traficante ou armas de um intermediário, já existindo um levantamento investigativo[3] prévio, em que se aponta que determinado indivíduo exerce função de vendedor de drogas – em poucas quantidades para dificultar sua autuação no tráfico de drogas – ou vende armas, e venha o agente a realizar com aquele ou com este uma negociação efetiva pela droga ou armas. Neste exemplo, o agente policial disfarçado deverá no momento da venda ou da entrega da droga ou da venda ou da entrega da arma de fogo efetivar a prisão em flagrante do traficante, já que a infração penal, neste instante, restará configurada diante da realização dos elementos específicos do tipo, mesmo que o agente delitivo mantenha consigo a mesma quantidade de drogas comercializadas ou de armas.

Em termos práticos e teóricos, no exemplo citado, se não existisse esta nova figura delitiva examinada, com o emprego da técnica do agente disfarçado, não seria possível a prisão em flagrante delito do traficante e nem do intermediário de armas de fogo pelos demais núcleos verbais, porquanto a ação volitiva (vontade/voluntariedade) destes núcleos restariam descaracterizados, acerca da posse (porte) da droga envolvida na comercialização e até mesmo das armas de fogo” (BARCELOS LIMA; LEITÃO JÚNIOR, 2020, p. 93-94).

## **Análise da (im)possibilidade da técnica do agente policial disfarçado em outras infrações penais diversas - além das contempladas pela Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime)**

A provocação que lançamos é sobre a possibilidade de empregar a técnica do agente policial disfarçado para investigação em outros crimes (afora os delitos de armas e de drogas). Isto seria possível?

O debate na doutrina e na jurisprudência sobre ser possível ou não a adoção da técnica de agente disfarçado para que se investiguem e monitorem outros crimes como associação criminosa, organização criminosa, lavagem de dinheiro, corrupção, dentre outros é inevitável.

Sob o ponto de vista particular nosso, entende-se que é perfeitamente possível a técnica de agente disfarçado para que se investiguem outros crimes diversos dos contemplados inicialmente pela Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime).

Em nossa obra abordamos todos os fundamentos jurídicos a dar sustentação a este ponto de vista para onde remetemos o leitor para maior aprofundamento (BARCELOS LIMA; LEITÃO JÚNIOR, 2020).

De qualquer sorte, por todos os fundamentos lá lançados, entendemos ser aplicável aqui o raciocínio para se permitir a adoção da técnica de **agente policial disfarçado**, com o fim precípuo de que se investiguem e monitorem crimes diversos dos listados, como organização criminosa, lavagem de dinheiro, associação criminosa, corrupção dentre outros.

### **Da (im)possibilidade do emprego da técnica do agente policial disfarçado na internet e demais meios similares: a figura do “agente policial disfarçado virtual” ou do “agente policial disfarçado por extensão”**

A técnica do agente policial disfarçado exige um “diálogo” e “interação” do agente policial disfarçado e o agente criminoso em tempo real, pelo menos em regra, para fins de configurar eventualmente os novos tipos penais autônomos da Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime).

Nesse enfoque, é possível cogitar a adoção da técnica de agente policial disfarçado para que se investiguem e monitorem através da rede mundial de computadores ou outros meios similares tecnológicos?

Parte-se do pressuposto de que não se pode peremptoriamente apartar-se desta possibilidade, principalmente quando se visualiza que os avanços tecnológicos

devem andar de “mão dadas” com os meios investigativos, diante do princípio constitucional da eficiência, do interesse público do Estado-investigação e do princípio da vedação de proteção deficiente.

O raciocínio é simples: se a legislação pátria permite o instituto do **agente policial disfarçado (agente policial disfarçado presente ou por presença física ou real)** por meio de presença física/real (que é um “plus”, ou seja, “o mais”) para se permear próximo ou nos limites fronteiriços da prática delitiva, com maior razão não existiria vedação para o instituto do **agente policial disfarçado virtual** (que é o “minus”, ou seja, “um menos”) para se aproximar ou permear nos limites fronteiriços da prática delitiva, onde a integridade física e psíquica do agente policial estaria com redução drástica de riscos conferindo mais segurança de atuação e até mesmo da sua verdadeira identidade, para se evitar possíveis represálias e retaliações “a posteriori” por parte da criminalidade, mormente a criminalidade organizada.

Com isto, em nosso pensar é possível às figuras do **agente policial disfarçado virtual/remoto/ficto/presumido** ou **do agente policial disfarçado por extensão**.

Registra-se que não existe diferença paradoxal entre a **presença real/ presença física/ presença efetiva do agente policial disfarçado** com a **presença remota/ presença virtual/ presença presumida do agente policial disfarçado**, mormente quando a tecnologia propicia uma conversação e interação em tempo real para se ter uma verdadeira “presença”, ainda que a distância por meio virtual, permitindo eventual elucidação das condutas apuradas, para fins de configurar os novos tipos penais autônomos, com as ressalvas adiante.

Aliás, meios que propiciem a **presença remota/virtual/presumida** [entre outros vocábulos correlatos] como a presença por telefone tradicional/convencional, telefone móvel (celular), aplicativos de WhatsApp, Telegram, Kik, Skype, SnapChat, Facebook Messenger, GoSMS Pro, Im+, WeChat, BBM, Viber, e-mails, redes sociais, videoconferência, entre outros dispositivos tecnológicos análogos (que autorizem conversação e outras interações em tempo real), permitem esta incursão do agente policial disfarçado sem distinções substanciais da **presença real/ física/efetiva do agente policial** junto do **agente criminoso**, porque os recursos tecnológicos (que permitem conversação em tempo real) propiciariam uma verdadeira presença real, ainda que a distância (em posição remota), permitindo eventual descortinamento das condutas apuradas.

Por tudo isto, defende-se a ideia da possibilidade do uso da técnica de agente policial disfarçado para que se investiguem e monitorem através da rede mundial de computadores ou outros meios, se valendo das figuras do **agente policial**

**disfarçado virtual** ou **do agente policial disfarçado por extensão**, que diferencia da figura da infiltração virtual.

### **Afinal, quais as polícias podem adotar a técnica do agente policial disfarçado?**

Como já dito em linhas passadas, entende-se que apenas aos servidores policiais integrantes das polícias judiciárias (Polícia Federal e Polícias Civis) é dada a técnica de agente policial disfarçado, polícias estas constitucionalmente com o múnus de proceder às investigações criminais, que visem apurar a autoria e materialidade delitiva.

Certamente, posições jurídicas surgirão defendendo à adoção da técnica em estudo para todas as polícias de maneira irrestrita, com argumentos utilitaristas e em conflito com o ordenamento pátrio, em oposição ao ponto de vista de que apenas integrantes das polícias judiciárias poderiam adotar a técnica de agente policial disfarçado.

Sob esta possível invocação indevida da técnica se estender a todas as polícias, alerta-se que qualquer atividade de interpretação jurídica apenas se legitima, se em conformidade com a Constituição Federal. Não se pode confundir uma leitura com filtragem constitucional, em vista de uma leitura com interpretação e argumentos utilitaristas/eficientista.

As inovações sobre a figura o *agente policial disfarçado*, apenas pelo aspecto redacional, deixam clarividente que esta técnica dedicaria e estaria reservada apenas aos servidores policiais integrantes das polícias judiciárias (Polícia Federal e Polícias Civis). Vejamos:

<b>Inovação trazida pela lei supra à Lei 10.826/2013</b>	<b>Inovação trazida pela lei supra à Lei 11.343/2006</b>
<p>"Art. 17. ....</p> <p>Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.</p> <p>§ 1º .....</p> <p>§ 2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem</p>	<p>Art. 33. ....</p> <p>§ 1º .....</p> <p>IV – vende ou entrega drogas ou matéria prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar,</p>



autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a **agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”(NR).

Art. 18. ....

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a **agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”(NR)

a **agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

Em ambas as redações em cotejo, o legislador ordinário usa da seguinte expressão “[...]a **agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.**”

A máxima jurídica de que não existem palavras inúteis no texto da lei se aplica aqui, pois na redação contidas nos dispositivos acima “presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”, resta claro que se almejou a incidir este instituto tão somente às polícias judiciárias, já que a expressão analisada pressupõe no mínimo, a existência de investigação em curso ainda que na fase preliminar, a fim de ilustrar os elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, recordando que a investigação criminal competiria apenas às Polícias Judiciárias pelo texto da Constituição Federal de 1988.

Por isso, em nosso pensar, os integrantes das polícias militares[4][5], integrantes da polícia rodoviária federal, os GAECOS com seus integrantes (ressalvados os agentes das Polícias Judiciárias, eventualmente lotados neste grupo), integrantes da polícia ferroviária federal, integrantes da “ABIN”, integrantes das polícias penais (federal, estaduais e distrital), integrantes da polícia legislativa do Senado, integrantes da polícia legislativa da Câmara entre outras forças

policiais estariam impedidos de adotarem esta técnica de agente policial disfarçado, sob pena de usurpação da atividade de investigação com desvio de finalidade.

### **Omissão do legislador pátrio em definir o prazo legal (ausência de prazo) de duração do instituto do agente policial disfarçado**

A Lei nº 13.964/2019 (**Lei do Pacote Anticrime**) não fixou prazo de duração para o emprego do instituto de agente policial disfarçado, e isto não implica em concluir que a medida seja '*ad aeternum*'.

O requisito legal para o emprego do instituto de agente policial disfarçado é de preexistência de provas e a presença dos crimes listados (além do entendimento defendido de se estender para outras infrações penais).

Uma observação se faz necessária, já que muito embora a conveniência e oportunidade orientem, em regra, à atuação policial, mais uma vez vale a advertência de que preenchido os requisitos legais, a nosso ver, a intervenção policial seria obrigatória, sob pena de prevaricação e outras sanções.

### **Omissão do legislador em não disciplinar à previsão de procedimento para documentar o instituto e da ausência de formalidade expressa a ser observada sob a ótica da Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime)**

Sem dúvidas o legislador pátrio deixou passar uma oportunidade ímpar de disciplinar sobre possível procedimento e as formalidades a serem adotadas pela técnica especial do uso do agente policial disfarçado antes e depois do emprego da técnica, até para fins de controle e de verificação da legalidade quanto ao preenchimento dos requisitos legais para a implementação da técnica.

Outras inquietações surgirão também: como ao final do emprego da técnica do agente policial disfarçado exitosa, para onde destinar o procedimento de documentação – partindo da premissa da sua necessidade? Deve ser arquivado na Delegacia de Polícia responsável pela técnica ou encaminhado ao Ministério Público, ao Poder Judiciário e até mesmo Corregedoria-Geral de Polícia para fins de aferir o controle de legalidade? O procedimento poderia ser juntado ao bojo ou encaminhado em apenso junto do procedimento policial matriz (inquérito policial)? Na ausência de um regramento, adotaria-se a analogia de algum procedimento? Se positivo, qual?

Noutro prumo, como proceder caso a técnica do agente policial disfarçado seja inexitosa e frustrada? Haveria desdobramentos?

O procedimento correria sob sigilo ou não? Qual o limite de acesso pelo advogado? Haveria incidência da Súmula Vinculante nº 14 do STF?

Para nós, todas estas provocações deverão ser debruçadas pela doutrina e jurisprudência, a fim de solapar dúvidas e trazer luzes.

### **Das considerações derradeiras**

Conclui-se que, a nova figura do agente policial disfarçado prevista na Lei Federal nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime) relativizou o crime impossível (obra do agente provocador ou flagrante preparado), chancelando a atuação estatal policial, sob o prisma da legalidade.

Ademais, a nova figura do agente policial disfarçado será importante para o enfrentamento nos crimes de tráfico de armas e drogas, técnica esta que poderá ser aplicada para investigações e monitoramento de outras infrações penais, apenas e tão somente por servidores policiais integrantes das Polícias Judiciárias (Polícia Federal e Polícia Civil), inclusive se valendo da figura do agente policial disfarçado através da internet e demais meios similares.

### **Referências bibliográficas:**

SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches; LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. A nova figura do agente disfarçado prevista na Lei 13.964/2019. **Publicado no dia 27 de dezembro de 2019 no Meusitejurídico.com. Disponível em:** <<

<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/12/27/nova-figura-agente-disfarcado-prevista-na-lei-13-9642019/>>>. Acesso em 08 de janeiro de 2020.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. A infiltração policial na internet na repressão de crimes contra a dignidade sexual de criança e adolescente e a possibilidade de se estender o instituto da infiltração virtual a outras investigações de crimes diversos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5063, 12 maio 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57640>. Acesso em: 9 jan. 2020.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. LIMA, Bruno Barcelos. Coordenador: Renne do Ó Souza. **Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019**. Editora D' Plácido, 2020.

### **NOTAS:**

[1] A decisão liminar foi proferida no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (ADI 6298), pelos partidos Podemos e Cidadania (ADI 6299) e pelo

Partido Social Liberal (ADI 6300). Disponível em: << <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434788> >>. Acesso em 25 de fevereiro de 2020.

[2] O ministro Luiz Fux, vice-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), suspendeu por tempo indeterminado a eficácia de parte das regras do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) que instituem a figura do juiz das garantias. A decisão cautelar foi proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, onde será submetida a referendo do Plenário. O ministro Fux, que assumiu o plantão judiciário no STF no domingo (19) deste ano de 2020 será o relator das quatro ações.

[3] Elementos probatórios (elementos informativos) razoáveis a respeito da conduta criminosa preexistente.

[4] Com ressalva nas infrações penais militares que confirmam à Polícia Militar a missão de investigar pela nova Lei Federal nº 13.491/17, onde a Polícia Militar poderia empregar a técnica para investigar, eventualmente, seus militares envolvidos em infrações penais militares. Como já defendido, os policiais militares do serviço reservado, de inteligência ou os vulgarmente denominados de “p2” (P2) somente poderiam utilizar a técnica de agente policial disfarçado em situações a envolver militares em infrações penais militares, com exceção de eventual conexão ou continência que poderiam legitimar num primeiro momento as suas atuações também. Portanto, os policiais militares do serviço reservado, de inteligência ou os vulgarmente denominados de “p2” (P2) não poderiam agir em desvio de função e usar desta técnica em crimes comuns.

[5] Embora não seja o centro das discussões, como comentários de passagem, devemos advertir que recentemente no informativo nº 932 do STF, a Corte entendeu ser ilegal a infiltração virtual realizada por policial militar da área de inteligência, sem observância da Lei Federal nº 18.850/2013. Além deste argumento do STF, entendemos também que deve observar o art. 190-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Vejamos o julgado:

### **“Segunda Turma**

#### **DIREITO PROCESSUAL PENAL – PROVAS**

##### *Infiltração policial sem autorização judicial e ilicitude de provas*

A Segunda Turma concedeu parcialmente habeas corpus impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para declarar a ilicitude e determinar o

desentranhamento da infiltração realizada por policial militar e dos depoimentos por ele prestados em sede policial e em juízo, nos termos do art. 157, § 3º, do Código de Processo Penal (CPP) (1), sem prejuízo da prolação de uma nova sentença baseada em provas legalmente colhidas.

Na espécie, a paciente foi denunciada e presa preventivamente pela suposta prática do delito de associação criminosa, previsto no art. 288, parágrafo único, do Código Penal (CP) (2). Ela teria se associado a outros indivíduos, de forma estável e permanente, para planejar ações criminosas e recrutar simpatizantes pelas redes sociais e outros canais, que resultaram em atos de vandalismo durante manifestações ocorridas no período da Copa do Mundo de 2014, na cidade do Rio de Janeiro.

A Turma entendeu que o policial militar em questão atuou como agente infiltrado sem autorização judicial e, por isso, de forma ilegal. Explicou que a distinção entre agente infiltrado e agente de inteligência se dá em razão da finalidade e amplitude de investigação. O agente de inteligência tem uma função preventiva e genérica e busca informações de fatos sociais relevantes ao governo; **o agente infiltrado age com finalidades repressivas e investigativas em busca da obtenção de elementos probatórios relacionados a fatos supostamente criminosos e organizações criminosas específicas.**

Segundo o colegiado, o referido agente foi designado para coletar dados para subsidiar a Força Nacional de Segurança em atuação estratégica diante dos movimentos sociais e dos protestos ocorridos no Brasil em 2014. Ele não precisava de autorização judicial para, nas ruas, colher dados destinados a orientar o plano de segurança para a Copa do Mundo. Entretanto, no curso de sua atividade originária, apesar de não ter sido designado para investigar a paciente nem os demais envolvidos, acabou realizando verdadeira e genuína infiltração no grupo do qual ela supostamente fazia parte e ali obteve dados que embasaram sua condenação. **É evidente a clandestinidade da prova produzida, porquanto o policial, sem autorização judicial, ultrapassou os limites da sua atribuição e agiu como incontestável agente infiltrado. A ilegalidade, portanto, não reside na designação para o militar atuar na coleta de dados genéricos nas ruas do Rio de Janeiro, mas em sua infiltração, com a participação em grupo de mensagens criado pelos investigados e em reuniões do grupo em bares, a fim de realizar investigação criminal específica e subsidiar a condenação. Suas declarações podem servir para orientação de estratégias de inteligência, mas não como elementos probatórios em uma persecução penal.**

A Turma também reconheceu a aplicabilidade, no caso concreto, das previsões da Lei 12.850/2013 (3), que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação

criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. Ainda que se sustente que os mecanismos excepcionais previstos nesse diploma legal incidem somente nas persecuções de delitos relacionados a organizações criminosas nos termos nela definidos, os procedimentos probatórios ali regulados devem ser respeitados, por analogia, em casos de omissão legislativa. No ponto, o colegiado asseverou que o policial militar começou a atuar como agente infiltrado quando o referido diploma legal já estava em vigor.

Ademais, considerou que o pedido requerido no writ apresenta uma impugnação específica, a partir dos debates ocorridos nas instâncias inferiores e dos elementos probatórios aportados nos autos e reconhecidos pelos juízos ordinários. Portanto, caracteriza-se cognição compatível com a via estreita do habeas corpus. Ainda que a análise em habeas corpus tenha cognição limitada, se, a partir dos elementos já produzidos e juntados aos autos, for evidente a incongruência ou a inconsistência da motivação judicial, devem ser resguardados os direitos violados com a concessão da ordem.

(1) CPP/1941: "Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (...) § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente."

(2) CP/1940: "Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:"

(3) Lei 12.850/2013: "Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites. Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração."



## A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM HOMENS

**MARIA CATARINA MELO LOPES:** Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

**FRANCISCA MICHELLE DUARTE DA SILVA CAMPOS**<sup>[1]</sup>

(coautora)

**ROSÁLIA MARIA CARVALHO MOURÃO**<sup>[2]</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo tem como escopo analisar a (in)constitucionalidade das normas que restringem a doação de sangue por homens que fazem sexo com homens (HSH) no Brasil, a Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e a RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, abordando todo o contexto histórico da normatização da restrição e fazendo um paralelo com a eminente violação de princípios inerentes ao ser humano, como o da dignidade da pessoa humana, igualdade, não discriminação e proporcionalidade, ambos assegurados pela Constituição Federal. Intentou-se ainda, pontuar a discussão a cerca do tema por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543, que questiona justamente a constitucionalidade destas normas. Para alcançar o objetivo proposto, fez-se uso de uma abordagem dialética, por meio de pesquisas bibliográficas, doutrinárias e jurisprudenciais.

**Palavras-chave:** Doação de sangue. Inconstitucionalidade. HSH.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the (in)constitutionality of the rules that restrict blood donation by men who have sex with men (MSM) in Brazil, Ordinance nº 158/2016 of the Ministry of Health and RDC nº 34/2014 of the National Health Surveillance Agency, addressing the entire historical context of the regulation of restriction and making a parallel with the eminent violation of principles inherent to human beings, such as the dignity of the human person, equality, non-discrimination and proportionality, both ensured by the Federal Constitution. It was also attempted to punctuate the discussion on the topic through Direct Action of Unconstitutionality 5543, which precisely questions the constitutionality of these rules. To achieve the proposed objective, a dialectical approach was used, through bibliographic, doctrinal and jurisprudential research.

**Keywords:** Blood donation. Unconstitutionality. MSM.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Contexto histórico e a normatização da restrição à doação de por homens que fazem sexo com homens no Brasil: 2.1 O perfil do doador

brasileiro e a importância da doação de sangue; 2.2 Homens que fazem sexo com homens (HSH); 2.3 Regulamentações da restrição à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens. 3. A (in)constitucionalidade da restrição face aos princípios constitucionais. 4. Sangue seguro e constitucional: 4.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543. 5. Considerações Finais. Referências.

## **1 INTRODUÇÃO**

O ordenamento jurídico brasileiro transporta por meio da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 34/2014 da ANVISA, no seu artigo 25, e da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, no seu artigo 64, as causas de inaptidão dos candidatos que se voluntariam à doação de sangue. Dentre as diversas hipóteses de suspensão da aptidão do candidato para a doação de sangue, o presente artigo tratará do constante nos incisos XXX, alínea “d” e IV, respectivamente, dos mencionados dispositivos, no que tange à restrição à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens.

Ademais, a Constituição Federal traz ao longo de todo o seu texto, os chamados princípios constitucionais, considerados institutos basilares do Estado Democrático de Direito e irradiadores dos seus efeitos por todo o ordenamento jurídico. Portanto, é razoável o entendimento de que as normas infralegais deverão estar adstritas a esses princípios, tal qual é o caso das portarias ministeriais em geral.

Ante o exposto, analisando tal restrição e fazendo um paralelo com os princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase nos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, não discriminação e proporcionalidade, deparamo-nos com o seguinte questionamento: a restrição de doação de sangue com base em hábitos sexuais do doador afronta princípios constitucionais, portanto, pode-se concluir que as normas supracitadas sejam inconstitucionais?

Assim, visando questionar os dispositivos das normas supracitadas, o Partido Socialista Brasileiro, PSB, acionou o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5543. Ante o exposto, o motivo deste estudo está na possível afronta à Constituição promovida pelos referidos dispositivos da Portaria do Ministério da Saúde e da RDC da ANVISA, no que concerne à restrição de doação de sangue por homens que fazem sexo com homens.

Portanto, o presente artigo tem como objetivo verificar se a “restrição” à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens caracteriza-se como uma discriminação e, em caso positivo, se essa discriminação estaria sendo feita pela administração pública dentro de uma justificativa razoável, de forma a atender os

princípios constitucionais que regem nosso ordenamento, caso contrário, resultando na eminente inconstitucionalidade das referidas normas.

## **2 CONTEXTO HISTÓRICO E A NORMATIZAÇÃO DA RESTRIÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM HOMENS NO BRASIL**

É de conhecimento geral que, doação de sangue, trata-se de um gesto solidário de doar uma quantidade do próprio sangue para salvar a vida de pessoas que se submetem a tratamentos e intervenções médicas de grande complexidade, além de ser indispensável para os pacientes com doenças crônicas, para que possam viver por mais tempo e com mais qualidade de vida. E com isso, uma única doação pode salvar até quatro vidas.

De acordo com Hamerschlak, Junqueira e Rosenblit (2005), a transfusão de sangue possui dois momentos na cronologia histórica, são eles: período empírico ou era pré-científica, até 1900, e o período científico ou era científica, de 1900 em diante.

No primeiro período, ocorreu a descoberta da circulação sanguínea e as transfusões eram quase sempre feitas com sangue de animais, com resultados que quase sempre eram infrutíferos. Já no segundo período, foi realizada a descoberta do grupo sanguíneo ABO, pelo austríaco Karl Landsteiner, transfusões eram feitas por cirurgiões onde desenvolveram uma solução anticoagulante, que permitiu a criação de bancos de sangue, como são conhecidos atualmente.

Assim, no Brasil, os cirurgiões foram pioneiros nessa prática, fazendo com que a doação de sangue fosse vista como uma especialidade médica, e vários “bancos de sangue” surgissem por todo o território nacional. Inicialmente a doação de sangue era uma prática remunerada, ou seja, os doadores recebiam um pagamento ao realizá-la, o que acabava por ocasionar o recrutamento de pessoas inabilitadas para a realização da doação. Para João Carlos Pina Saraiva, a doação de sangue passou a ser vista como um empreendimento, em suas palavras:

Assim é que foi inevitável o aparecimento dos chamados “banqueiros”, profissionais médicos e não-médicos e mesmo de fora da área da saúde que enxergavam aquela fluorescente atividade como um empreendimento que não deveria ser regido pela ética e mesmo pelo direito (SARAIVA, 2005, p.156).

Porém, em outubro de 1964, por determinação do então Presidente da República, Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, instituiu-se no Ministério da Saúde a Comissão Nacional de Hemoterapia (CNH), que tinha como objetivo:

organizar a distribuição do sangue, a doação voluntária, a proteção ao doador e ao receptor, o disciplinamento da atividade industrial, o incentivo à pesquisa e o estímulo à formação de recursos humanos.

Entretanto, a função não foi bem executada e após a visita de especialistas enviados pela Organização Mundial de Saúde - OMS, para avaliar o quadro nacional, constatou-se uma realidade extremamente caótica quanto à doação de sangue no país, resultando na extinção da CNH:

O sistema era desorganizado, com serviços públicos e privado de altíssimo nível técnico e científico convivendo com outros de péssima qualidade, alguns com interesses prioritariamente comerciais. As indústrias de hemoderivados, em geral, estimulavam a obtenção de matéria prima através de doadores remunerados e da prática da plasmaférese. Nem sempre os cuidados com a saúde dos doadores eram prioritários. (HAMERSCHLAK; JUNQUEIRA; ROSENBLIT, 2005, p.205).

Com isso, criou-se o Programa Nacional de Sangue e Hemocomponentes (Pró-Sangue), que se manteve ativo durante quase toda a década de 80, norteando a presença do Estado como executor de uma política centralizada, que pôs fim a doação remunerada e regularizou a hemoterapia brasileira, encaminhando-se para os moldes adotados atualmente.

## **2.1 O perfil do doador brasileiro e a importância da doação de sangue**

No tocante ao perfil do doador, a Portaria nº 1.353 de 13 de julho de 2011 do Ministério da Saúde, traz os requisitos essenciais para a realização da doação de sangue, dentre eles "que a coleta se dê de forma voluntária, anônima, altruísta, sem remuneração, direta ou indireta, e sigilosa" (BRASIL, 2011, p. 11).

Ademais, sabe-se que a voluntariedade norteia de maneira geral a realização da doação, possuindo uma posição de destaque frente aos outros requisitos, visto que é vedada qualquer maneira de coação que faça com que o doador se sinta obrigado a realizá-la, ou seja, em hipótese alguma é permitida a doação de sangue de forma compulsória.

No Brasil, o Ministério da Saúde, por meio da portaria supracitada, estabelece ainda, critérios para a seleção do doador e medidas que visam à proteção do mesmo, variando de idade até a frequência permitida, que se encontram previstas no artigo 33 e seguintes da norma (BRASIL, 2011).

No que diz respeito à importância da doação de sangue, é notório que se trata de uma atitude que contribuirá para salvar vidas, em casos emergenciais, e ajudar no tratamento de tantas outras, uma vez que o ato visa à realização de um bem a terceiros e não próprio. Assim, apregoa Edson Fachin, “o sangue que circula nas veias representa a possibilidade de construção e reconstrução diária da existência, o palpitar de uma história vivida” (BRASIL, 2016a, p.3).

## **2.2 Homens que fazem sexo com homens (HSH)**

De acordo com Foucault (2015 apud FIGUEIROA, 2017), o termo sexualidade teve seu surgimento no século XIX com amplas conotações que envolviam tanto as mudanças nas representações e valorações atribuídas pelos indivíduos aos seus desejos, sensações, sonhos, prazeres como a relação íntima com as normas religiosas, médicas, pedagógicas e judiciárias da época.

A sexualidade também aborda as representações humanas sobre afeto, erotismo, emoções, fantasias, condutas e proibições que repercutirão nas ações relacionadas à saúde através de suas políticas. É um tema de caráter dinâmico e complexo que sofre alterações ao longo do tempo conforme o contexto social, econômico e político de cada sociedade. Portanto, requer em seu estudo uma abordagem com a análise de múltiplos fatores relacionados à subjetividade humana e a contextos específicos.

Segundo Toneli (2012 apud FIGUEIROA, 2017) a temática da sexualidade humana foi um assunto marginalizado até meados da década de 60 do século XX, só então adquirindo status de relevância e tornando-se atualmente objeto de destaque no meio científico brasileiro.

Os vários mitos e tabus relacionados à sexualidade têm sua gênese nas barreiras encontradas para as discussões da temática de forma livre tendo como conseqüências posições discriminatórias por parte da sociedade. Diante dessas exposições não causa estranhamento a marginalização dos indivíduos e grupos que vivenciam e manifestam suas diversidades em relação à sexualidade, orientação sexual, identidade e expressões de gênero, com o enfrentamento dos preconceitos na busca por empoderamento e garantia dos seus direitos fundamentais.

Nesse contexto, destaca-se a terminologia HSH (homens que fazem sexo com homens) que segundo UNAIDS (2009 apud DA FONTE, 2017, p. 69) explicita, “abrange uma variedade de identidades sexuais, inclusive aquelas pessoas que não se identificam sexualmente como gays ou homossexuais.” E ainda de acordo com Albuquerque (2018, p. 3): “O termo homem que faz sexo com homem (HSH)

compreende a população que se identifica como gay como também os que têm práticas sexuais com homens, mas não se identificam como gays”.

O Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos e Saúde LGBTI+ (NUDHES) no Brasil corrobora que o termo HSH abrange o maior número de homens possíveis: gays, bissexuais e heterossexuais que já fizeram ou fazem sexo com outros homens ou pessoas com outras orientações sexuais.

Pereira & Monteiro (2015 apud FIGUEIROA, 2017) destacam que a sexualidade ocupa o cerne da intimidade humana e participa da nossa identidade global enquanto espécie. É um assunto de interesse público em razão do comportamento da sociedade e sua relação com a saúde pública e a continuidade da espécie bem como a produtividade, riquezas e, portanto, a força de um grupo social.

No cenário da saúde pública mundial, destaca-se que havia, até o fim de 2018, cerca de 37,9 milhões (32,7 milhões - 44,0 milhões) de pessoas em todo o mundo vivendo com o Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV), segundo o relatório informativo do Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS - UNAIDS (2019). No Brasil, de acordo com o boletim epidemiológico anual do HIV/AIDS, no ano de 2018 foram diagnosticados 43.941 novos casos de HIV e 37.161 casos de AIDS perfazendo um total de 966.058 casos de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) no país até junho de 2019 (BRASIL, 2019a).

Com relação ao cenário brasileiro das políticas de prevenção e enfrentamento da epidemia causada pelo HIV, o UNAIDS (2017a) em relatório regional destacou os chamados grupos com maior vulnerabilidade ou populações-chave: os profissionais do sexo, pessoas que usam drogas injetáveis, homens gays, outros homens que fazem sexo com homens, pessoas trans e pessoas privadas de liberdade.

Dentre essas populações-chave, UNAIDS (2019) ressalta que as de maior destaque para o risco de infecção por HIV são os homens que fazem sexo com homens (com risco 22 vezes maior), e as pessoas que usam drogas injetáveis (com risco 22 vezes maior), em terceiro lugar as trabalhadoras do sexo (com risco 21 vezes maior) e em quarto lugar as pessoas transexuais (com risco 12 vezes maior).

Essas estatísticas traduzem a realidade desses grupos que enfrentam barreiras de cunho moral e religioso, como os estigmas sociais, a vulnerabilidade e as situações de violência, que finalizam obstaculizando o acesso aos serviços de saúde. Outra situação a ser destacada é a diminuição de investimentos em políticas públicas de prevenção ao HIV nesses grupos vulneráveis. O descaso político em



nosso país tem dificultado o combate à discriminação em relação à sexualidade e a garantia de direitos nesse contexto.

UNAIDS (2017b) ressalta que em diversas vezes as populações-chaves estão subordinadas a leis e políticas discriminatórias e por isso acabam se expondo mais ao HIV, portanto sua participação ativa em políticas e ações preventivas é fundamental para o controle da epidemia do HIV/AIDS, devendo os países considerar os fatores epidemiológicos e sociais para determinar populações específicas que são “chave” para a epidemia e para a resposta a ela.

### **2.3 Regulamentação da restrição à doação sangue por homens que fazem sexo com homens**

Segundo Ferreira (2014), a história constrói padrões sociais que, apesar de mutáveis, gera conceitos, preconceitos e discriminações àqueles que se recusam ou estão impossibilitados de segui-los, por características físicas, socioeconômicas ou por sua essência, trazendo uma resistência quanto à aceitação dessas pessoas na sociedade.

Portanto, preliminarmente, é necessário citar o estigma criado em torno da relação entre a “explosão”, na década de 80, da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e os HSH. Esse que perpetua até hoje e está diretamente ligado a doação de sangue, ou melhor, à sua vedação.

Como explica Júlia Santos e Danielle Bartelli:

No ano de 1980 e seguintes foi identificado e dado conhecimento do HIV/aids, tendo sido detectado e associado aos homossexuais, dependentes químicos, hemofílicos e profissionais do sexo, os meios de comunicação rotularam a aids de “doença gay”, dessa maneira linhas conservadoras da sociedade viram a oportunidade de darem ênfase ao posicionamento contra o movimento homossexual que se expressava socialmente, [...] dando explicações absurdas e implacáveis para relacionar a condição homossexual ao HIV/aids (SANTOS, BARTELLI, 2018, p. 22).

Segundo Santos e Bartelli (2018), surgiu então, a chamada “população-chave”, resultando em um atraso significativo às medidas preventivas e no processo de conscientização da população no que diz respeito à transmissão do vírus, visto que, as pessoas que não se encaixavam nos grupos, consideravam-se “imunes”.

Em contrapartida, “o movimento homossexual na década de 80 discutia o tema do HIV/aids e a necessidade de prevenção e não discriminação, [...] enfrentando os estigmas que associaram a homossexualidade a essas doenças” (SANTOS, BARTELLI, 2018, p. 23).

Com a confirmação dos primeiros casos de contaminação por meio de transfusão de sangue, o eixo normativo brasileiro reuniu todos os esforços possíveis para controlar a difusão do vírus e uma das medidas foi proibir a conhecida “população chave” de realizar doação de sangue, nos moldes dos atos normativos.

No que tange à doação de sangue por homens que fazem sexo com homens, mesmo com sucessivas alterações no decorrer dos anos, o ordenamento jurídico brasileiro mantém a inaptidão “temporária” (por 12 meses) a esse grupo, por meio da Resolução da Diretoria Colegiada nº 34 de 11 de junho de 2014 em seu artigo 25 inciso XXX alínea “d” da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Onde, dentre os diversos lances de suspender a aptidão do candidato para a doação de sangue, o dispositivo discrimina, in verbis:

Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos: [...] XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se: [...] d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes; (BRASIL, 2014, p. 14).

Em consonância com a RDC supracitada, o Ministério da Saúde, através da Portaria nº 158 de 04 de fevereiro de 2016, em seu artigo 64 inciso IV, reafirma a restrição à doação de sangue, in verbis: “Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: [...] IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;” (BRASIL, 2016b).

A priori, entende-se que basta uma única relação sexual com pessoa do mesmo sexo para que a partir de então o indivíduo seja impedido de doar sangue

por 12 meses. A restrição parece temporária, todavia quando se tratar de homem com vida sexual ativa com outro homem, a temporariedade da vedação à doação de sangue passará, obviamente, a ser definitiva.

Com uma breve narrativa exemplificativa, o entendimento se torna ainda mais simples, imagine a seguinte situação hipotética: Antônio, homossexual, tem vida sexual ativa, mas possui um relacionamento sério com Augusto há dois anos, sendo que nesse período só manteve relação sexual com o seu parceiro. Nesse caso, a restrição temporária passa a ser definitiva, visto que cada relação sexual de Antônio com Augusto inicia-se novamente a contagem de 12 meses, de acordo com as normas dispostas pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA.

Assim, conforme preceitua a Constituição Federal (1988), o impedimento que os dispositivos citados norteiam choca-se frontalmente com os princípios constitucionais que norteiam o ordenamento brasileiro, e com os objetivos da República de construir uma sociedade justa e solidária, reduzir desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de sexo e outras formas de discriminação. Neste sentido, em 2016, o Partido Socialista brasileiro ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543, que questiona a constitucionalidade das normas supracitadas, responsáveis por restringir a doação de sangue por parte dos HSH's.

### **3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO FACE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

O princípio, inicialmente, deve ser considerado como uma espécie de norma jurídica, dotada de dimensão ética e política, entendida como um valor fundante do ordenamento jurídico. Nas palavras de Guerra Filho (2002, p. 17):

Os princípios devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis. [...] Os princípios jurídicos fundamentais, dotados também de dimensão ética e política, apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o direito em vigor.

Sendo assim, todas as normas infraconstitucionais devem estar em conformidade com a Constituição Federal, e paralelamente com seus princípios, sob pena de serem consideradas inconstitucionais, anulando seus efeitos. Buscando analisar a (in)constitucionalidade das normas que restringem a doação de sangue por HSH, faz-se necessário questionar a sua legalidade nos moldes dos princípios da

dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação e da proporcionalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um dos mais importantes princípios consagrados pela nossa Constituição Federal, encontrando-se previsto, expressamente, no artigo 1º, inciso III da mesma e, constituindo-se como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inerente a todos. Seu objetivo, como princípio fundamental, é garantir ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pelo poder público e pela sociedade, de modo a preservar uma vida digna até a morte, tanto quanto possível.

Sobre o tema, Fiorillo (2015) ressalta que o cerne do direito positivado em nosso país se concentra na pessoa humana e para haver a preservação da dignidade, os direitos sociais descritos no artigo 6º da Carta Maior precisam ser garantidos, dentre eles, a educação, a saúde, a segurança, a previdência social, o lazer e o trabalho.

Assim, na ADI 5543 está bem explicitado que “a dignidade do ser humano revela-se, entre outras perspectivas, na capacidade de autodeterminação da vontade, a qual é componente da liberdade humana [...] é o próprio fundamento ético do direito [...]”. (BRASIL, 2016a, p.6). Nesse viés, quaisquer condutas que contrariem a liberdade sexual se constituem de forma discriminatória e violadora da dignidade da pessoa humana.

Ao restringir a doação de sangue por parte dos homens que fazem sexo com homens (HSH) pelo período de 12 (doze) meses, conforme disposto na RDC nº 34/2014 da ANVISA e na portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, o Estado assume uma postura que reforça o estigma enraizado em relação aos HSH, desde os primeiros casos de AIDS divulgados no mundo por volta da década de 80, de que estas pessoas são mais propensas a portar a doença, seja por uma predisposição genética, seja por sua identidade ou orientação sexual. Desta forma o Estado perpetua, na prática, a tradução da terminologia “grupo de risco” tão obsoleta e já ultrapassada pelo termo “comportamento de risco”, renegando a condição de dignidade essencial a todos os humanos.

O princípio da igualdade prefacia o capítulo dos direitos individuais no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ao afirmar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Tal princípio é reforçado em vários pontos da Constituição, por exemplo, ao declarar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, condenando desta forma quaisquer formas de discriminação.

A igualdade em seu sentido puramente formal, também denominada igualdade perante a lei ou igualdade jurídica, consiste no tratamento equânime conferido pela lei aos indivíduos, visando subordinar todos ao crivo da legislação, independentemente de raça, cor, sexo, credo ou etnia. Nesse sentido, percebe-se que a igualdade assegurada em nossa Constituição, visa cercear discriminações e equiparações entre os indivíduos.

Fazendo um paralelo entre este princípio e o problema de pesquisa abordado nesse projeto, qual seja a restrição da doação de sangue por HSH, à luz da teoria da proibição do arbítrio, que consiste em tratar os iguais de maneira igual e os diferentes de forma diferente, sem que a distinção feita seja de forma arbitrária. "O princípio da igualdade está associado à proibição do arbítrio; o arbítrio da desigualdade é condição necessária e suficiente para a violação do princípio da igualdade". (CANOTILHO, 2000, p. 419)

Ademais, é importante esclarecer que, embora em momento algum a Portaria nº 158/2016 e a RDC nº 34/2014 restrinja de forma direta a doação de sangue com base na orientação sexual do doador, ela acaba o fazendo ao restringir a doação de sangue por HSH, automaticamente restringe a doação a todos os homens homossexuais e bissexuais que estão, por óbvio, incluídos neste grupo. Portanto, embora o critério técnico empregado seja outro, recai praticamente em sua totalidade nestes grupos de indivíduos, e tal diferenciação estaria sendo aplicada ferindo o princípio da igualdade, quando da discriminação por orientação sexual.

Dando continuidade ao raciocínio iniciado, vejamos o princípio da não discriminação, que é nada mais que um desdobramento do princípio da igualdade. Sendo considerada uma manifestação direta da igualdade, que normatiza o ordenamento jurídico brasileiro em seu conjunto. Assim, o princípio em questão funciona como uma espécie de base geral que proíbe tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fatos injustamente desqualificantes.

Ciente da importância de tal princípio, a Portaria nº 158 (BRASIL, 2016b, p. 2), traz referência expressa a ele, em seu artigo segundo:

Art. 2º. § 3º. Os serviços de hemoterapia promoverão a melhoria da atenção e acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança do receptor, porém com isenção de manifestações de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero, hábitos de vida, atividade profissional, condição

socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras, sem prejuízo à segurança do receptor.

Entretanto, ao separar os doadores entre heterossexuais e HSH's com mínima atividade sexual (ao menos uma nos últimos 12 meses), nos encontramos diante de uma norma nitidamente discriminatória de fato, posto que seja direcionada a um grupo específico de pessoas, não a um comportamento sexual em si.

Por fim e, diferentemente dos princípios aqui já tratados, o princípio da proporcionalidade não tem previsão expressa na Constituição Federal, embora lá esteja de forma implícita, espalhado em diversos artigos. Assim, ficando cristalina a existência de um limite imposto, especialmente ao legislador, que tem o dever de obedecer a certos critérios na criação das normas, para que estas possam estar em conformidade com a nossa Carta Maior. E, como já tratado, um desses critérios é o da proporcionalidade, sobretudo diante de uma restrição de direitos, servindo como uma espécie de barreira, que busca priorizar as normas eleitas pela Carta Magna, sem que sejam desrespeitadas ou até suprimidas, atingindo os direitos fundamentais.

No caso em comento, de um lado temos o direito à saúde dos indivíduos que recebem a doação de sangue, e do outro, o direito a um tratamento igualitário, digno e proporcional dos candidatos à doação, incluídos no grupo dos HSH. Sabemos que o direito à saúde é um direito fundamental, que regulamenta um dever do Estado de promover a saúde de todos incluindo a implantação de políticas públicas que tenham por objetivo reduzir o risco de doenças.

Sendo assim, a Administração Pública, no tocante à restrição aplicada aos HSH, tem como argumento, para garantir o direito à saúde, sem que sejam submetidos a riscos, reforçando a responsabilização do estado pelas eventuais falhas neste processo de transfusão sanguínea. Dessa forma, é considerada proporcional a grave discriminação aplicada aos HSH.

Diante do exposto, é imprescindível lembrar que em momento algum se pretende descartar a importância das medidas de segurança em relação à doação de sangue, mas reafirmar o compromisso com a eliminação de quaisquer formas de preconceitos e condutas discriminatórias no universo das políticas de saúde que acabam estigmatizando grupos específicos e não enfatizam as medidas fundamentais de prevenção à contaminação por HIV ou por outros agentes das Infecções Sexualmente Transmissíveis (ISTs).

#### **4 SANGUE SEGURO E CONSTITUCIONAL**



A vedação imposta pela administração pública, através da Portaria nº 158/2016 e da RDC nº 34/2014, possui um caráter discriminatório e não há o que se questionar. Diante disso, é válido ressaltar, que o STF iniciou o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543, que foi proposta pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB, tendo como finalidade declarar inconstitucionais os dispositivos constantes na Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde e Resolução Diretoria Colegiada nº 34/2014 da ANVISA, que restringem a doação de sangue por homens que fazem sexo com homens.

#### **4.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543**

A votação da ADI 5543 iniciou com o Relator Ministro Edson Fachin, que votou pela procedência da ação. Para ele, "os dispositivos em questão instituem um tratamento desigual e desrespeitoso [...] a conduta é que deve definir a inaptidão para a doação de sangue, e não a orientação sexual ou o gênero da pessoa com a qual se pratica tal conduta" (BRASIL, 2016a, p. 20).

Ao longo do texto do seu voto, Edson Fachin apregoa que:

O estabelecimento de grupos – e não condutas – de risco incorre em discriminação, pois lança mão de uma interpretação consequentialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais e bissexuais são, apenas em razão de orientação sexual que vivenciam possíveis, vetores de transmissão de variadas enfermidades, como a AIDS (BRASIL, 2016a. p.5).

Seguindo com o julgamento, os ministros Luis Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux acompanharam o relator da ação, votando pela procedência da ação. Ambos apontaram a desproporcionalidade presente na restrição, a violação dos direitos fundamentais e o foco em um grupo de pessoas (os HSH) e não na conduta de fato.

Em contrapartida, o ministro Alexandre de Moraes julgou parcialmente procedente a ação, alegando que as limitações impostas pela legislação foram fixadas a partir de estudos técnicos e científicos, não sendo editadas por questões de identidade sexual, e que possuem o objetivo de evitar maiores riscos de contaminação aos receptores de sangue, garantindo um efetivo direito à proteção à saúde. Assim, o ministro justificou que é possível a doação por homens que fizeram sexo com outros homens, desde que o sangue somente seja utilizado após o teste imunológico, a ser realizado depois da janela sorológica definida pelas autoridades de saúde.

No dia 26 de outubro de 2017, o ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos e com isso o julgamento foi suspenso. Todavia, é válido ressaltar que a ADI 5543 não busca diminuir as cautelas necessárias para a concretização da doação de sangue, que são voltadas para a segurança do sistema de hemoterapia, livre de qualquer contaminação. Assim, as normas consideradas inconstitucionais pela ADI supracitada retiram o foco do risco, para estereótipos que tratam sobre identidade sexual e estilo de vida, que acabam estigmatizando grupos que já são alvo de violência e preconceito.

Neste sentido, e contrariando os julgados acerca do tema, os desembargadores que integram o pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, decidiram que restringir a doação de sangue de homens homossexuais é inconstitucional. Assim, o Desembargador Relator Cornélio Alves (BRASIL, 2019b), destacou em seu voto que “não há grupo de risco, o que existe são comportamentos de risco, como uso de drogas, vários parceiros. E qualquer pessoa pode oferecer riscos no ato da doação. Não é por ser homossexual que isso vai ocorrer”.

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDOS DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REQUERENTE DO SEXO MASCULINO QUE FOI IMPEDIDO DE REALIZAR DOAÇÃO DE SANGUE POR TER INFORMADO, EM ENTREVISTA RESERVADA, SER HOMOSSEXUAL E TER SE RELACIONADO SEXUALMENTE COM PESSOA DO MESMO SEXO, NOS ÚLTIMOS DOZE MESES ANTERIORES À ENTREVISTA. NEGATIVA BASEADA NO ITEM B.5.2.7.2, LETRA D, DO ANEXO I DA RESOLUÇÃO RDC Nº 153/2004 DA ANVISA, VIGENTE À ÉPOCA. NORMA RECONHECIDA COMO INCONSTITUCIONAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO POR ESTA CORTE. MODIFICAÇÃO POSTERIOR. IRRELEVÂNCIA. NOVOS ATOS REGULATÓRIOS QUE POSSUEM OS MESMOS REFLEXOS PRÁTICOS. ART. 497, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO DE TUTELA INIBITÓRIA. EFEITO APENAS INTER PARTES. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REPARAÇÃO CIVIL POR ATO ADMINISTRATIVO DECORRENTE DE NORMA INCONSTITUCIONAL. NORMA VÁLIDA À ÉPOCA DO EVENTO SUPOSTAMENTE DANOSO. ESTADO E SEUS PREPOSTOS QUE AGIRAM NO ESTRITO CUMPRIMENTO DA NORMA VIGENTE. AUSÊNCIA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

CONCENTRADO. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NESTE PARTICULAR. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

(TJ-RN - AC: 20140024371 RN, Relator: Desembargador Cornélio Alves, Data de Julgamento: 23/07/2019, 1ª Câmara Cível).

Entretanto, durante a produção do presente artigo, o país que vive um cenário de pandemia decorrente do Coronavírus (COVID - 19), viu o ritmo de doações de sangue diminuir de uma maneira significativa e, com isso, os hemocentros espalhados por todo o território nacional iniciaram campanhas que incentivam a doação de sangue, fazendo com que a discussão acerca do tema voltasse à tona. Em consonância com isso, a Defensoria Pública da União (DPU), enviou um posicionamento pedindo agilidade no julgamento da ADI 5543 diante da situação, em contrapartida, a Advocacia-Geral da União (AGU) pediu que o STF rejeitasse a ação, sem sequer analisar o tema.

Ainda assim, no dia 01 de maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal retomou o julgamento da ação, em plenário virtual, após a devolução do ministro Gilmar Mendes, que acompanhou o relator, Edson Fachin, e votou pela procedência da ação, sendo ainda, seguido pelos ministros Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Em seu voto, o ministro do STF, destacou que, em decorrência do atual cenário do país, a anulação de impedimentos inconstitucionais tem o potencial de salvar vidas.

Pondo fim ao julgamento, no dia 08 de maio de 2020, os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello acompanharam o voto do ministro Alexandre de Moraes, optando pela procedência parcial da ação sob a justificativa de que o STF deve adotar uma postura autocontida diante de determinações das autoridades sanitárias quando estas forem embasadas em dados técnicos e científicos devidamente demonstrados.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, com a maioria dos votos (sete a quatro), declarou a inconstitucionalidade das normas que restringem a doação de sangue por homens que fazem sexo com homens. Entretanto, é válido ressaltar que, em nota publicada no dia 14 de maio de 2020, a ANVISA (2020) enfatizou que ainda aguarda a publicação do acórdão do STF sobre o julgamento para analisar as medidas administrativas e judiciais cabíveis, inclusive eventual apresentação de recurso sobre o tema. Ao que parece esse imbróglio não chegou ao seu desfecho de

fato, mas já deu um enorme e importante passo rumo à desconstrução desse estigma discriminatório.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo foi realizado com o objetivo de analisar criticamente a (in)constitucionalidade das normas já citadas e objetos da ADI 5543. Toda a análise foi realizada no período em que estava concomitantemente ocorrendo o andamento do processo. Em 11 de março de 2020 ela foi incluída para julgamento em 19 de março de 2020, embora tenha sido excluída do calendário de julgamento pelo presidente em 17 de março de 2020. No entanto, em 09 de abril de 2020 foi solicitada prioridade na tramitação do feito e os autos seguiram conclusos ao relator em 13 de abril de 2020 com o início do seu julgamento virtual em 01 de maio de 2020 e finalização em 08 de maio. Em 11 de maio de 2020 foi então proferida a seguinte decisão em sede do STF por maioria de sete votos a quatro:

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, "d", da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual de 1.5.2020 a 8.5.2020.

Esta decisão corroborou os objetivos e argumentos explanados no corpo deste artigo e enalteceu mais uma vez a importância do respeito aos princípios fundamentais e inerentes aos seres humanos em um Estado Democrático de Direito. Mostrou-se associada a um compromisso da Corte Suprema com as atuais condições de saúde pública em que está inserida a nação, que diante de uma pandemia como o COVID-19 com proporções ainda incalculáveis, padece com seus bancos de sangue com número deficitário de bolsas para doação neste período de calamidade.

O desfecho não desmereceu o compromisso do Estado com a oportunização de sangue seguro para a população, pelo contrário, salientou a importância da complementaridade e interdependência dos princípios e dos direitos para a construção de uma sociedade verdadeiramente justa e solidária que atenda à realidade das diversidades e pluralidades nos mais variados contextos sociais, como na interface da saúde pública, sexualidade e direitos humanos. Em relação às políticas de saúde e doação de sangue seguro, as ações para proporcionar informação

adequada, acesso aos serviços e os meios de proteção à contaminação por HIV e por infecções sexualmente transmissíveis (ISTs) devem ser mais importantes do que as discriminações com relação às identificações e preferências no contexto da sexualidade.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, A. P. Uma análise das experiências de *bullying* homofóbico de homens que fazem sexo com homens da região metropolitana do Recife. *In*: CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 5, V.1, ISSN 2358-8829, 2018, Olinda. **Anais eletrônicos**. Olinda: CONEDU, 2018. Disponível em: [https://www.editorarealize.com.br/revistas/conedu/trabalhos/TRABALHO\\_EV117\\_MD1\\_SA7\\_ID6112\\_29082018115909.pdf](https://www.editorarealize.com.br/revistas/conedu/trabalhos/TRABALHO_EV117_MD1_SA7_ID6112_29082018115909.pdf). Acesso em: 06 abr. 2020.

ANVISA. **Doação de sangue: normas da RDC 34 permanecem em vigor**. 14 maio 2020. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/doacao-de-sangue-normas-da-rdc-34-permanecem-em-vigor/219201](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/doacao-de-sangue-normas-da-rdc-34-permanecem-em-vigor/219201). Acesso em: 15 maio. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim epidemiológico HIV/Aids 2019**. Número Especial, Dez. 2019. ISSN 1517-1159 versão *online*. Brasília: Ministério da Saúde, 2019a. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/pub/2019/boletim-epidemiologico-de-hiv-aids-2019>. Acesso em: 2 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça (1ª Câmara Cível). **Apelação Cível 20140024371 RN**. Constitucional, administrativo, civil e processual civil. Apelação cível em ação ordinária. Apelante: Jose de Arimateia Negreiros, Apelado: Estado do Rio Grande do Norte, Apelada: Valdete de Medeiros Fernandes. Relator: Desembargador Cornélio Alves. 23 jul 2019b. Disponível em: <https://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/736149679/apelacao-civel-ac-20140024371-rn?ref=serp>. Acesso em: 18 maio. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543**. Partido Social Brasileiro. Ministério da Saúde, 2016a, Advogado Geral da União. Relator Ministro Edson Fachin. 07 jun. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 158**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 04 fev. 2016b. Disponível em: [https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158\\_04\\_02\\_2016.html](https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html). Acesso: 10 abr. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. **Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 34**. Brasília, DF: Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, 11 jun. 2014. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867975/%281%29RDC\\_34\\_2014\\_COMP.pdf/ddd1d629-50a5-4c5b-a3e0-db9ab782f44a](http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867975/%281%29RDC_34_2014_COMP.pdf/ddd1d629-50a5-4c5b-a3e0-db9ab782f44a). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.353**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 13 jul. 2011. Disponível em: [https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1353\\_13\\_06\\_2011.html](https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1353_13_06_2011.html). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. Ed., 2000.

DA FONTE, V.R.F., *et al.* Fatores associados ao uso do preservativo entre jovens homens que fazem sexo com homens. **Enfermería Global**. Murcia. v.16, n. 46, p. 50-93, Abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.6018/eglobal.16.2.245451>. Disponível em: [http://scielo.isciii.es/pdf/eg/v16n46/pt\\_1695-6141-eg-16-46-00050.pdf](http://scielo.isciii.es/pdf/eg/v16n46/pt_1695-6141-eg-16-46-00050.pdf). Acesso em: 2 abr. 2020.

FERREIRA, G. L. **A Inconstitucionalidade do Artigo 64, IV, da Portaria 2712/2013 do Ministério da Saúde: a proibição de doação de sangue por homo e biefetivos, pelo período de 12 meses, desde a última relação sexual com pessoa do mesmo sexo**. 2014. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro de Ensino Unificado de Teresina – CEUT, Teresina, 2014.

FIGUEIROA, M. N. *et al.* A formação relacionada com a sexualidade humana na percepção de estudantes de enfermagem. **Revista de Enfermagem Referência**, Coimbra, s. IV n. 15, p. 21-30, Out./nov./dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.12707/RIV17044> Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/ref/vserIVn15/serIVn15a03.pdf>. Acesso em: 2 de abril de 2020.

FIORILLO, C. A. P. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUERRA FILHO, W. S. **Teoria processual da constituição**. 3. Ed. São Paulo, 2007.

HAMERSCHLAK, N.; JUNQUEIRA, P. C.; ROSENBLIT, J. História da hemoterapia no Brasil. **Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia**, São José do Rio Preto, v.



27, n. 3, jul/set. 2005. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-84842005000300004](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-84842005000300004). Acesso em: 22 mar. 2020.

SANTOS, J. C. X.; BARTELLI, D. R. **A inconstitucionalidade e homofobia na portaria que regulamenta a doação de sangue no Brasil**. Responsabilidade do Estado. Jacarezinho, PR, 1. ed. 2018. Disponível em: <http://siacrid.com.br/repositorio/2018/responsabilidade-do-estado.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2020.

SARAIVA, J. C. P. A História da Hemoterapia no Brasil. **Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia**, São José do Rio Preto, v. 27, n.3, jul/set. 2005. Disponível: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-84842005000300004](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-84842005000300004). Acesso em: 22 mar. 2020.

UNAIDS - Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids. **Relatório informativo - Dia mundial contra a AIDS 2019**. Brasília: UNAIDS, 2019. Disponível em: [https://unids.org.br/wp-content/uploads/2019/11/2019\\_UNAIDS\\_WAD2019\\_FactSheet.pdf](https://unids.org.br/wp-content/uploads/2019/11/2019_UNAIDS_WAD2019_FactSheet.pdf). Acesso em: 2 abr. 2020.

UNAIDS - Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids. **UNAIDS dados 2017**. Brasília: UNAIDS, 2017a. Disponível em: [https://unids.org.br/wp-content/uploads/2015/06/20170720\\_DaDOS\\_unaids\\_Brasil.pdf](https://unids.org.br/wp-content/uploads/2015/06/20170720_DaDOS_unaids_Brasil.pdf). Acesso em: 02 abr. 2020.

UNAIDS - Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids. **Guia de Terminologia do UNAIDS**. Brasília: UNAIDS, 2017b. Disponível em: [https://unids.org.br/wp-content/uploads/2017/09/WEB\\_2017\\_07\\_12\\_GuiaTerminologia\\_UNAIDS\\_HD.pdf](https://unids.org.br/wp-content/uploads/2017/09/WEB_2017_07_12_GuiaTerminologia_UNAIDS_HD.pdf). Acesso em: 2 abr. 2020.

#### NOTAS:

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. Email: michelleduartes@yahoo.com.br.

[2] Orientadora, Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA, Mestre em Letras pela Universidade Federal do Piauí - UFPI, Doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Email: rrosapi@hotmail.com.



## O DISCURSO DE ÓDIO NAS REDES SOCIAIS: UM LIMITE PARA À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

**EDUARDO FRANCISCO ALVES MIRANDA:**

Bacharelado do curso de direito do Centro  
Universitário Santo Agostinho-UNIFSA.

**RUTH SUELLY FERNANDES DA SILVA** <sup>[1]</sup>

(Coautora)

**MARCUS VINICIUS DO NASCIMENTO LIMA** <sup>[2]</sup>

(Orientador)

**RESUMO [3]:** O presente artigo visa discutir o exercício da liberdade de expressão na prática de discurso de ódio nas redes sociais, identificando o limite para esse direito fundamental, passeando sobre a ótica do princípio da proporcionalidade quando aquele se encontra em confronto com a dignidade da pessoa humana. Além de esclarecer acerca da responsabilização dos servidores e como o ordenamento brasileiro pode coibir a prática do discurso de ódio nos meios tecnológicos. O presente artigo é resultado de uma pesquisa bibliográfica com método dedutivo, com a finalidade de esclarecer como o assunto é tratado no ordenamento brasileiro e no estrangeiro. Logo, identificou-se com o artigo, que nem mesmo o direito à liberdade de expressão é absoluto e que assim deve o Estado criar ordenamentos com a finalidade de limitar o exercício desse direito. Conclui-se que o trabalho não esgotou totalmente o estudo do tema, entretanto, deixou claros os pontos principais e também a importância da discussão acerca do tema.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais, Princípios, Limite.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO – 2. Discurso de ódio contra as minorias sociais: 2.1 Discurso de ódio; 2.2 Minorias; 2.3 O aumento do discurso de ódio gerado pelo crescimento das redes sociais. 3. Direitos Fundamentais na Constituição Federal: 3.1 Princípios como elementos informadores do ordenamento jurídico; 3.2 Princípio da liberdade de expressão e seu confronto com a Dignidade da Pessoa Humana. 4. O discurso de ódio na legislação brasileira e internacional. 5. Conclusão. 6. Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o princípio a liberdade de expressão, princípio basilar de todo Estado Democrático de Direito. Encontrado em vários ordenamentos jurídicos pelo mundo, inclusive na Carta Magna Brasileira de 1988,

que garante a inviolabilidade de tal direito. Entretanto, a Carta Constituinte em questão, entende que este princípio há de ter uma limitação, aceitando assim várias teses de limitação a esse direito fundamental, principalmente quando há uma colisão com outros direitos fundamentais.

Ademais, a internet funciona como uma facilitadora do exercício de tal princípio, uma vez que as pessoas utilizam para fazer postagens de vídeos, fotos, informações e seus pensamentos. Desta forma, o espaço virtual é um dos meios mais utilizados para propagação de mensagens. Ocorre, que há casos em que esse meio virtual é utilizado para propagar discursos de ódios, são inúmeros os casos de intolerância contra grupos, ataques direcionados a pessoas, sejam elas públicas ou privadas, e tais ataques são feitos com a alegação do livre exercício do direito à liberdade de expressão.

Diante disso, vislumbra-se que a internet é um instrumento que nem sempre é utilizado de forma positiva, por vezes é usada como arma para difundir ódio nos meios sociais. Esse instrumento é um terreno fértil para esse tipo de prática, já que a identificação é pouca ou quase inexistente. Assim, cresce a dúvida de como o ordenamento brasileiro vem lidando com a limitação ao princípio da liberdade de expressão em razão da sua exteriorização de discurso de ódio na sua versão cibernética, que tem se tornado cada vez mais rotineiro devido a sua facilitação de propagação.

Dessa forma, o que se deseja é apresentar a problemática caso não haja uma limitação do direito à liberdade de expressão nas redes sociais, visto que, tem se tornado cada vez mais crescente os números de casos de violação a outros direitos fundamentais, como por exemplo o que mais se destaca, o da dignidade da pessoa humana, exigindo que o estado proteja tais direitos fundamentais inerentes as pessoas.

Portanto, foi necessário analisar quando do confronto da liberdade de exprimir pensamentos através das redes sociais e o direito daqueles que são ofendidos por estes, feita sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade, uma vez que os números de casos estão cada vez mais crescentes no Brasil.

Por fim, o presente trabalho tem como objetivo identificar e esclarecer como o judiciário vem tratando os casos envolvendo discurso de ódio veiculados nas redes sociais, comparando as decisões com os ordenamentos estrangeiros que tratam desse assunto, além de encontrar medidas para que se possa desestimular e coibir a prática de discurso de ódio nas redes sociais, sejam elas medidas judiciais ou extrajudiciais.

## 2 O DISCURSO DE ÓDIO CONTRA AS MINORIAS SOCIAIS

### 2.1 Discursos de ódio

As pessoas usam o discurso como forma de expressar suas ideias, opiniões e sentimentos, e através dele revelam as suas crenças ideológicas. Por isso, os sujeitos se utilizam do discurso para expressar ódio ou aversão a grupos que consideram anormais, através da sua ofensividade, com o objetivo de fazer com que a sociedade se volte contra esses grupos freando, assim, as suas aspirações políticas e a busca de direitos, dando continuidade a marginalização e opressão contra essas pessoas.

Nelson Mandela em sua autobiografia *Long Walk to Freedom* (1995, p. 493) escreveu “Ninguém nasce odiando outro pela cor de sua pele, por sua origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender, e se podem aprender a odiar, elas podem ser ensinadas a amar”.

Diante desse pensamento, fica evidente que o discurso de ódio é utilizado como instrumento motivacional para a realização de ações cruéis e do sofrimento de determinados grupos, o maior exemplo que pode ser citado na história mundial é o Nazismo, pois foi através do discurso de ódio contra judeus, na época a maior parte dos imigrantes dentro da Alemanha, que Hitler conseguiu fazer os alemães se voltarem contra esse grupo social e ajudando o Governo a perseguir, torturar e assassinar milhões de pessoas.

O discurso de ódio não possui um conceito específico, porém, o Conselho da Europa estabeleceu que se trata de uma expressão que difunde, incita, promove ou justifica o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo ou qualquer outra forma de intolerância, incluindo intolerância causada por nacionalismos e etnocentrismos de caráter agressivo, discriminação ou hostilidades contra minorias, migrantes e pessoas de origem estrangeira. Neste sentido, Brugger dispõe:

De acordo com a maioria das definições, o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas. (BRUGGER, 2007, p. 118)

Esse discurso ultrapassa os limites do bom senso, promovendo a violência, a discriminação ou o preconceito. Ele tem como objetivo a ofensa contra uma característica comum ao grupo, de forma subjetiva ou explícita, com intenção de ferir

a identidade do indivíduo, que para se proteger deveria renunciar às características de sua identidade social (MEYER-PFLUG, 2009).

## 2.2 Minorias

O discurso de ódio se volta na maioria das vezes para aquelas pessoas que fazem parte de grupos sociais vulneráveis, chamados de minorias, por isso é importante que se determine o que são essas minorias e quem faz parte delas para que assim possa haver uma efetiva proteção por meio do Estado.

Em relação a esse tema, existem muitas discussões e debates entre os estudiosos sobre qual o conceito mais adequado para determinar o que são minorias, porém é evidente que se trata de grupos ideologicamente menos poderosos dentro da sociedade e por isso sofrem dominação, intolerância e marginalização social. Esses grupos surgem de relações assimétricas dentro da sociedade, onde um grupo mais poderoso cria um determinado padrão do que seria normal, que é considerado superior a outros, o que acaba por criar uma discriminação em relação aquele que é diferente e a sociedade passa a oprimir essas pessoas.

As minorias são caracterizadas por uma vulnerabilidade jurídico-social, pois não são contempladas pelas legislações e políticas públicas, e por uma identidade *in statu nascendi*, ou seja, aquele que nasce com os traços de um determinado grupo social discriminado sofrerá da mesma discriminação, mesmo que esse grupo for numeroso e antigo.

São considerados minorias os negros, os LGBT's, as mulheres, os povos indígenas, os ambientalistas, etc. Não existe um motivo específico que gera essa discriminação, mas os exemplos mais comuns são: étnicos, religiosos, de gênero, de sexualidade, linguísticos, físicos e culturais. Por isso, diferentes grupos podem ser considerados minoritários, dependendo do país ou região, pois os grupos que dominam as instituições do local será o que determina o que é normal, assim, um mesmo grupo pode ser dominante em um lugar e minoritário em outro.

Desse modo, esses grupos minoritários sofrem um processo de sub-representação nas tomadas de decisão do Estado, o que causa com que as normas desse Estado tenham um caráter excludente em relação a esses sujeitos. Diante desse cenário é necessário que o Estado crie medidas que protejam esses grupos e que proporcione uma maior representação nas políticas sociais realizadas pelo Governo.

Alguns países já criaram medidas que tentam diminuir a desigualdade estrutural que as minorias sofrem, como leis que determinam que os partidos incluam uma porcentagem de mulheres na lista de candidatos, visando uma maior representação



das mulheres na política. No Brasil, o exemplo mais conhecido de políticas que visam diminuir as desigualdades sociais seriam as cotas raciais nas Universidades, criadas para tentar aumentar o número de negros com uma formação acadêmica, já que esse grupo de pessoas estavam as margens da sociedade.

### **2.3 O aumento do discurso de ódio gerado pelo crescimento das redes sociais**

A internet já se tornou parte da vida em sociedade, ocupando grande parte do dia a dia em sociedade. Ela facilita a vida e possibilita atividades positivas, contudo a sua maior vantagem é a comunicação instantânea, pois proporciona que as pessoas conversem e compartilhem informações, notícias e eventos que acontecem por todo o mundo em tempo real, além de prover o encontro de pessoas ou grupos que possuem os mesmos interesses, facilitando o encontro e formação de novas amizades.

Com o surgimento das redes sociais, as pessoas encontraram um local para gerar essas interações através da exposição de pensamentos e personalidade. Sites como Facebook, Twitter e Youtube são os exemplos de redes sociais mais utilizadas pelos usuários da internet atualmente.

Todavia, as redes sociais são um agravante para o discurso de ódio, pois viabilizam que esses pensamentos cheguem a mais pessoas, o que gera a disseminação e continuidade desses discursos exercidos no meio cibernético. Sobre isso, Paesani afirma que:

Endereços que fazem campanha contra nordestinos, negros e judeus estão aumentando. A ação de racistas por meio da Internet preocupa organizações envolvidas com a defesa dos direitos humanos. Acredita-se que a rede está facilitando a divulgação do racismo e os sites que fazem essas campanhas estão aumentando. Skinheads, nazistas, nacionalistas, entre outros, divulgam livremente na rede suas ideologias e estimulam a discriminação contra negros, judeus e homossexuais. (PAESANI, 2014, p. 23)

São vários os tipos de intolerância difundidas por esses discursos de ódio, principalmente de cunho racistas, homofóbicos, xenofóbicos, entre outros, evidenciando o preconceito com a minoria. Aduz Bob Vieira da Costa (2016) que, “[...] As redes sociais fazem nada mais que amplificar esse ódio, reafirma os preconceitos que as pessoas já têm”.

Os discursos de ódio no espaço digital ocorrem normalmente através de ataques que muitas vezes aparecem como respostas ou opiniões a postagens de outros usuários, ou mesmo serem discursos iniciados com a intenção de insultar e/ou perturbar determinados grupos. As pessoas que publicam isso tem não como objetivo buscar uma interação com outras pessoas, mas difundir seus ideais de ódio por meio da violência proferida em suas postagens, são chamadas de haters.

Os haters se utilizam de uma violência que se oriunda de interações online e ocorre pelas palavras, pelo discurso, mas que “é diretamente visível, exercida por um agente claramente identificável” (ZIZEK, 2014, p. 9), ou seja, poderíamos pensar em uma possível violência subjetiva simbólica.

Casos de discurso de ódio nas redes sociais estão cada vez mais comuns, como os ataques racistas direcionados a atriz Taís Araújo ou contra a filha do ator Bruno Gagliasso, ou ainda, as ameaças de morte e estupro à Dolores Aronovich, responsável pelo blog Escreva Lola, são exemplos recentes e conhecidos desse discurso.

Outro caso de discurso de ódio disseminado nas redes sociais que teve grande repercussão na mídia foi o da jornalista Maria Júlia Coutinho, mais conhecida como Maju, que estreou no Jornal Nacional, como a primeira mulher negra na bancada do noticiário. Porém, tal posto gerou uma discussão nacional sobre a (falta de) representatividade na televisão brasileira, o que levou a uma onda de comentários racistas e machistas na página oficial da Rede Globo no Facebook.

As manifestações provocaram indignação dos internautas que denunciaram o caso ao Ministério Público, que abriu uma investigação e denunciou o caso a Justiça. Quase cinco anos após os fatos, o Tribunal de Justiça de São Paulo condenou dois homens, Érico Monteiro dos Santos e Rogério Wagner Castor Sales, pelo crime de racismo e injúria racial contra Maju Coutinho.

O réu Érico foi condenado a seis anos de prisão, além do pagamento de multa e Rogério, a cinco. Ambas as penas serão cumpridas no regime semiaberto. Ademais, o juiz Eduardo Pereira Santos Júnior, da 5ª Vara Criminal da Comarca da Capital, também condenou os dois pelo crime de corrupção de menores por terem induzido três adolescentes a cometerem o mesmo delito.

Esta condenação mostra que crimes cometidos na internet também são punidos, é uma demonstração de que a internet não é um oceano de impunidade por onde navegam criminosos virtuais. Mesmo aqueles que se escondem atrás de perfis falsos (fakes), como no caso, podem ser alcançados pela justiça.

É notável que a popularização das redes sociais e a possibilidade de estar nesse meio sob anonimato facilitam que as pessoas, que praticam esses tipos de discriminação, disseminem o seu ódio e preconceito, já que a maioria delas se escondem por trás de perfis falsos, para dificultar a sua localização pelas autoridades e a sua punição. Esses perfis fakes se utilizam principalmente de notícias falsas ou por meio de ataques múltiplos, que são disseminados de forma massiva na internet, para desqualificar a luta das minorias.

No caso Maju, o Ministério Público pediu a condenação dos réus por falsidade ideológica, pois consta provado nos autos que eles se utilizaram de perfis falsos no Facebook para proferirem as injúrias contra a apresentadora, referindo-se a sua raça e cor. Contudo, o juiz decidiu que os dados falsos lançado na rede social pelos réus configuram um "ante factum" impunível, se baseando pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que pressupõe a existência de assinatura digital para que o crime seja típico, o que não se configura por meio do acesso ao Facebook por senha e login:

PROCESSUAL PENAL. INSERÇÃO DE DADO FALSO EM CURRÍCULO LATTES. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ATIPICIDADE. OCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PECULATO-FURTO POR OMISSÃO RELEVANTE. DESCRIÇÃO FÁTICA INSUFICIENTE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. 1 - Documento digital que pode ter a sua higidez aferida e, pois, produzir efeitos jurídicos, é aquele assinado digitalmente, conforme a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil). 2 - O currículo inserido na página digital Lattes do CNPq não é assinado digitalmente, mas decorrente da inserção de dados, mediante imposição de login e senha, não ostentando, portanto, a qualidade de "documento digital" para fins penais. 3 - Além disso, como qualquer currículo, material ou virtual, necessita ser averiguado por quem tem nele interesse, o que, consoante consagradas doutrina e jurisprudência, denota atipicidade na conduta do crime de falsidade ideológica. 4 - A consumação do crime de peculato-furto por meio de omissão (crime comissivo por omissão) é excepcional e, como tal, há de constar na denúncia narrativa de como a atuação do recorrente ou, melhor, de como a sua falta de ação deu causa à figura do ilícito penal. 5 - Descrição, na espécie, insuficiente que limita-se a fazer constar ser o recorrente Procurador-Geral da Universidade, o que, por óbvio, não é possível aceitar. Inépcia da incoativa. 6 - Recurso provido para para trancar a ação penal

quanto ao crime de falsidade ideológica, por falta de justa causa, ante a constatada atipicidade e para declarar nula a denúncia, por inépcia, no tocante ao crime de peculato, sem prejuízo de que outra peça acusatória seja apresentada com observância da lei processual penal. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

(STJ - RHC 81451 / RJ 2017/0043808-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131), Data do Julgamento: 22/08/2017, Data da Publicação: 31/08/2017, T6 - SEXTA TURMA).

As pessoas que praticam essa conduta, acreditam que as redes sociais funcionam como outro mundo, somada à ideia de que a liberdade de expressão garante que preconceitos sejam proferidos da forma que entende, parecem endossar esse tipo de manifestação odiosa no mundo virtual.

Destaca-se que a constituição de 1988 realmente se refere a livre manifestação de pensamento como um dos direitos fundamentais, entretanto, os direitos fundamentais não são absolutos e, por isso, no momento em que outros direitos garantidos começam ser ameaçados ou violados, é necessário restringir o uso desse princípio, já que a Constituição também assegura a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, por isso não pode ser sobreposto pelo compartilhamento de opiniões e ideias que exteriorizem intolerância.

Esse discurso de ódio, então, deve ser considerado como um abuso do direito de liberdade de expressão, que possui previsão no artigo 187 do Código Civil, então aquele que pratica esse ato está realizando um ato abusivo de um direito que lhe foi assegurado, ou seja, é um direito lícito sendo usando ilicitamente.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, C.C, 2002)

Essa disseminação de ódio prejudica a democracia na medida em que a incitação à violência fere a dignidade humana, tanto daquele que está sendo atacado como qualquer outra que se identifique com as características que são alvo do discurso de ódio.

### **3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

#### **3.1 Princípios como elementos informadores do ordenamento jurídico**

Os Direitos Fundamentais são considerados princípios que garantem a Democracia em um Estado de Direito. Muito da força normativa que esses direitos têm hoje, se deve por conta dos acontecimentos históricos, como a primeira e segunda guerra mundial, por conta disto, houve a necessidade de tutelar e assegurar a atuação de tais.

Quando se trata de Direitos Fundamentais, logo lembra-se do que a Constituição Federal de 1988 (considerada a mais garantista que o Brasil já teve) prevê, em sua maioria no artigo 5º da mesma e espalhada pela mesma carta constitucional princípios visando proteger o cidadão. Ocorre que muitos consideram esses direitos como absolutos, como imposição do estado à população sem uma limitação, porém não é bem assim. Ocorre que nem mesmo a Declaração Universal de Direitos do homem e do cidadão de 1789 considera os direitos fundamentais como absolutos, e em seu artigo 4º aduz o seguinte:

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Considerando isso, não é possível a afirmativa que os direitos fundamentais são absolutos. Com base nisso, o que se tem que procurar são os limites desses direitos, nesse sentido, Gilmar Mendes preleciona que “em se tratando de direitos fundamentais com eficácia superior à das normas meramente programáticas, deve-se identificar os limites de cada direito, isto é, a exata definição do seu âmbito de proteção” (2002, P.1).

Ademais, para André Ramos Tavares (2007, p.460):

tem-se que considerar que os Direitos Humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para

a prática de atividades ilícitas. 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas.

Estabelecendo tais paradigmas, o que se busca além da limitação é como apontar qual direito fundamental prevalece se houver conflito entre eles. Para Claudio de Oliveira Santos Colnago “não se pode conceber qualquer posição de direitos fundamentais como absoluto” (2019, p.73).

Há ainda de conceituar o que são princípios, para Alexy:

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. (Alexy, 2008, p. 90)

Ademais, o autor ainda diz que os princípios têm o papel de garantir os direitos do cidadão, ou ainda estabelecer deveres de caráter *prima face* ou relativo. Para melhor entendermos é justa a explicação acerca disso. Os direitos de *prima face* ou relativos são aqueles que não são considerados absolutos, pois segundo Canotilho “[...] dependendo a sua radicação subjetiva definitiva na ponderação e da concordância feita em face de determinadas circunstâncias concreto”. (1989, p.1231).

Sobre o tema, importante destacar duas teorias sobre os direitos fundamentais, principalmente a mais adequada no direito, que é a teoria externa. Segundo definição de Sarlet “[...] acaba sendo a mais apta a propiciar a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais, tendo em conta da necessidade da imposição de limites e tais direitos, assegurada a convivência harmônica entre seus respectivos titulares no âmbito da realidade social.” (2013, p.412). Ademais, a teoria interna é tratada como a restritiva aos direitos fundamentais, pois dentro dela se pressupõe como naturais as limitações e gerando ao legislador a ideia de qualquer ônus argumentativo, por sua vez, a teoria externa apresenta-se na forma *prima face* ou relativo.

Dada a importância dos princípios no ordenamento brasileiro, e desmitificado o caráter absoluto deles e visto a importância, sabe-se que os princípios são normas e são muito utilizados para resolver conflitos, resta entender a limitação e os conflitos que podem acontecer entre eles e como serão resolvidos tais conflitos.



Importante lembrar que esses princípios são direitos de todo ser humano, mas o que se percebe é que muitos se utilizam dessas garantias fundamentais como uma desculpa para ferir os direitos de outros, como ocorre com a liberdade de expressão. Esse importante princípio é muitas vezes banalizado por aqueles que emitem “opiniões” que expressam ou incentivam atitudes de opressão, ódio, violência contra outros cidadãos.

### **3.2 Princípio da liberdade de expressão e seu confronto com a Dignidade da Pessoa Humana**

O direito à liberdade é considerado um direito de primeira geração, é garantido a muito tempo por vários ordenamentos pelo mundo, por meios de tratados de direitos humanos e pactos que o Brasil participa e adota. Pode se dizer que a liberdade foi oficialmente reconhecida como direito com o surgimento dos direitos humanos no fim do século XVIII, com a revolução francesa.

São considerados direito de primeira geração segundo Israel (2005, p.8):

os direitos que garantem a segurança e a autonomia da pessoa humana diante do poder e diante de outros indivíduos. Trata-se, por exemplo, da liberdade de ir e vir ou da liberdade individual. Fala-se, nesse caso, de “liberdade-autonomia”; em seguida, de forma mais ampla, estão os direitos que permitem ao indivíduo despertar e desenvolver-se, escolhendo as condições de seu destino. Dele fazem parte, entre outros, a liberdade de pensamento, a liberdade de expressão e de comunicação, a liberdade de se agrupar, a liberdade de associação, bem como as liberdades e os direitos políticos (notadamente o direito de escolher seus governantes por eleições livres). Fala-se, então de “liberdades-participação”;

Como se verifica, a liberdade de expressão deriva do direito de liberdade, na Carta Constituinte do Brasil, como já mencionado, encontra-se no artigo 5º incisos IV e IX e por todo texto constitucional, há ainda várias referências a livre manifestação de forma expressa, começando inclusive pelo preâmbulo.

Há na história do Brasil um momento marcante e triste que foi a Ditadura Militar que se instaurou no dia 1 de abril de 1964 e durou até 15 de março de 1985. A Quinta República Brasileira, como também era chamado, ficou marcada por inúmeras violações aos direitos fundamentais do homem, além da quebra do estado de direito.

A liberdade de expressão é totalmente controlada, censurada, sendo veiculado somente aquilo que aquele regime queria. Liberdade de manifestação, liberdade da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação que são assegurados na nossa atual carta magna, não tiveram “validade” durante todo o período de ditadura.

Esse marco histórico trouxe uma evolução para o direito brasileiro. Os direitos fundamentais hoje são garantidos quase de forma absoluta, mas como já visto não se pode falar de direito fundamental absoluto, nem mesmo o direito à liberdade.

Até mesmo o direito à liberdade de expressão sofre uma limitação, seja ela implícita, como veremos mais a frente, como explicitamente quando o inciso IV do artigo 5º da CF/88 fala “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, fica claro o que já explicado sobre a teoria externa *prima face* ou relativo.

A liberdade de expressão deve ser garantida pelo estado, através do direito, reconhecendo e limitando tal direito para que não ultrapasse os limites legais. Pois bem, segundo Marinho liberdade de expressão é “o que se entende pelo mais amplo direito de falar, exprimir, escrever e se manifestar da forma que se acha oportuna, não podendo ser um fato criminoso”.

Desta forma, a liberdade de se expressar não pode ultrapassar limites implícitos que nele contêm. Sendo assim, quando do direito de se expressar livremente, o cidadão deverá responder quando exceder esse limite de forma que prejudique ou viole direito de outrem. Exemplo que deve ser citado é quando uma pessoa faz o uso de seu direito de expressar para ofender e denegrir outrem, seja por conta de etnia, religião, sexualidade e etc., como visto anteriormente. Portanto, os direitos fundamentais devem ser sopesados entre si, encontrando um equilíbrio para que haja uma harmonização entre eles.

Acompanhando tal raciocínio, o artigo 19 do pacto internacional dos direitos civis e políticos, adotado e homologado pelo Brasil, aduz:

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública.

Atenção deve ser dada ao artigo, o segundo parágrafo deste confirma o direito do cidadão em se expressar, e em seguida, no terceiro parágrafo diz que, o exercício do direito em questão implicará responsabilidades, ou seja, casos como apresentados acima de racismo ou de outra espécie, implicará na responsabilização de quem o cometeu. Desta forma o estado como fiscal do Direito, deve assegurar o respeito e a honra das demais pessoas.

Há inúmeras leis infraconstitucionais a fim de regular a liberdade de expressão, é o caso do Pacto de São José da Costa Rica, em que determina:

#### Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

O ato de censurar aqui não se confunde com os atos praticados na época do Regime Militar, pois, a censura naquela época era usada como forma do estado propagar somente seus ideais e proibir as livres manifestações dos cidadãos. Ocorre

que tal palavra carrega esse peso histórico e negativo, porém o ato de censurar atualmente encontra-se respaldado e fundamentado em diversas leis infraconstitucionais. Portanto, a censura quando de forma fundamentada e necessária a fim de proibir discursos de ódio, a violência e a honra, com a finalidade de proteção das minorias, se tornam válida.

As redes sociais são os meios de propagação e de exercício do direito à liberdade de expressão mais utilizadas desde o surgimento desses instrumentos, seja por sua rapidez, seja por conta de sua propagação que pode atingir centenas de milhares de pessoas.

Essa propagação de opiniões, ideias e pensamentos no mundo digital, como visto no capítulo anterior, nem sempre são positivos. O cenário do mundo virtual é muito utilizado para propagação de discursos de ódio, ataques racistas e homofóbicos, a maior parte das vezes direcionados as chamadas minorias.

Os discursos de ódio, muitas vezes expressados por meio tecnológicos, podem ferir vários princípios, sendo o principal deles, o princípio da dignidade da pessoa humana. Então, não se pode utilizar a justificativa que só estar exprimindo o seu direito ao discurso livre sem pensar que esse direito estar rivalizando com o direito daquele que sofre esses ataques, por isso deve-se haver uma proporcionalidade entre esses direitos. É a ideia de que um direito acaba quando o do outro começa.

Tal exercício da liberdade de se expressar é utilizado ilicitamente a fim de constranger e oprimir essas minorias, o que acaba por violar a dignidade destas. Isso ocorre porque ainda existe a ideia que a internet é uma "terra sem leis", já que não existe uma norma específica que limite a propagação desses discursos de ódio nas redes sociais. Porém, como já relata no presente estudo, não existe um direito absoluto, em razão disso deve ser o estado, como protetor dos mais frágeis, o responsável por criar formas de limitar esse direito ao discurso livre sob fundamento de garantir o respeito ao direito das minorias, segundo o princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade é aplicada quando os direitos fundamentais colidem, tal princípio é usado para proteger os direitos fundamentais.

É evidente a relação entre os direitos fundamentais, como já mencionado, a liberdade de expressão se relaciona com outros, ou melhor, "caminha" com outros. Ainda assim, há situações em que a liberdade de expressão acaba por ferir um desses direitos fundamentais, como acontece quando alguém profere discurso de ódio a determinada pessoa ou grupos sociais, chamadas minorias. O direito fundamental ferido nessa situação é o da Dignidade da pessoa Humana.

Em suma, a Dignidade da pessoa humana é um preceito moral e que é inerente de toda pessoa, tem o seu valor garantido pelo Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, inciso III da vigente constituição federal. Ao passo que o discurso de ódio é proferido, acaba ferindo esse princípio garantidor do Estado Democrático de Direito, devendo dessa forma haver uma razoabilidade no livre exercício daquele.

#### **4 O DISCURSO DE ÓDIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E INTERNACIONAL**

Como já defendido, entende-se que no direito brasileira, então, não existe uma hierarquia entre os direitos fundamentais, pois nenhum deles é absoluto e todos convivem em concordância, sendo que em situações de tensão e conflito, esses princípios devem ser manejados através da proporcionalidade para se chegar no menor sacrifício possível.

Um dos princípios mais importantes e que já foi tratado em capítulo anterior, o direito à liberdade de expressão dá voz a diferentes perspectivas e pontos de vista, sendo essenciais para a obtenção da igualdade, é suscetível a sofrer restrições quando em conflito com outros bens constitucionais, desde que essas regras de proibição sejam definidas de forma restritiva a fim de prevenir abusos.

Diante da importância de respeitar o direito à liberdade de discurso e a necessidade de limitar esse princípio diante do seu uso para fins ilícitos, o Artigo 19, uma organização não-governamental de direitos humanos, que tem como missão de defender e promover o direito à liberdade de expressão e de acesso à informação em todo o mundo, apresentou princípios que tem como objetivo desenvolver uma relação apropriada entre o respeito à liberdade de expressão e a promoção da igualdade, tendo como norte os “Princípios de Camden sobre a Liberdade de Expressão e Igualdade”.

Alguns desses princípios apresentam estratégias, como o item 12, que norteiam a forma como os países devem agir diante de discursos nocivos, sempre tentando apresentar medidas menos prejudiciais ao princípio da liberdade de expressão.

12.1. Todos os Estados devem adotar legislação que proíba qualquer promoção de ódio religioso, racial ou nacional que constitua uma incitação à discriminação, hostilidade ou violência (discurso do ódio).<sup>3</sup> Sistemas jurídicos nacionais devem deixar claro, seja de forma explícita ou por meio de interpretação impositiva, que:

i. Os termos 'ódio' e 'hostilidade' se referem a emoções intensas e irracionais de opróbrio, animosidade e aversão ao grupo visado.

ii. O termo 'promoção' deve ser entendido como a existência de intenção de promover publicamente o ódio ao grupo visado.

iii. O termo 'incitação' se refere a declarações sobre grupos religiosos, raciais ou nacionais que criam risco iminente de discriminação, hostilidade ou violência a pessoas pertencentes a esses grupos.

iv. A promoção, por parte de comunidades diferentes, de um sentido positivo de identidade de grupo não constitui discurso do ódio.

12.2. Os Estados devem proibir o abrandamento ou negação de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, mas apenas quando essas declarações constituírem discursos do ódio, conforme definição no Princípio 12.1.

12.3. Os Estados não devem proibir críticas ou debates envolvendo ideias, crenças ou ideologias particulares, ou religiões ou instituições religiosas, a menos que sejam expressões do discurso do ódio, conforme definição no Princípio 12.1.

12.4. Os Estados devem garantir que pessoas que sofreram danos reais como consequência de discurso do ódio, conforme definido no Princípio 12.1, tenham o direito a um recurso efetivo, inclusive um recurso civil por danos e prejuízos.

12.5. Os Estados devem revisar seu marco legal para assegurar que toda regulamentação de discurso do ódio se adéque ao descrito acima.

Na base desses critérios, a premissa de que as expressões de ódio não contribuem para o debate e precisam ser reprimidas, porém não é legítima a restrição a discursos que são contrários as opiniões majoritárias ou que divergirem dos



posicionamentos adotados pelo governo. Portanto, os parâmetros dessas restrições devem ser justificados, haja vista que historicamente as limitações à liberdade de expressão são mais maléficas para a humanidade do que aptas à criação de uma sociedade mais justa e igualitária.

Esses parâmetros devem ser usados também quando se fala nos discursos de ódio disseminados através de redes sociais, tomando cuidado em manter a característica dos meios eletrônicos de serem locais de discurso livre, porém o Estado deve sim punir aqueles que se utilizam de meios eletrônicos para promover o ódio e a desigualdade, buscando uma sociedade mais tolerante e justa.

A legislação brasileira é pouco específica em relação aos crimes de discurso de ódio praticados na internet, já que, analisando o judiciário, se percebe que é uma prática recente no país, em razão disso, falta medidas cabíveis e eficazes o que gerou no aumento dos crimes de ódio. Uma das poucas leis que trata sobre esse assunto é a Lei nº 7.716/1989, que prevê como crime a prática de discriminação ou preconceito por critério de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, permitindo que o juiz determine a cessação das transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio, bem como a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores (art. 20, § 2º e 3º, II e III).

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio;

III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores. (Brasil, 1989).

Esse artigo determina o aumento de pena a quem pratica tal crime utilizando-se dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza. Contudo, essa lei não protege todas as minorias que sofrem diariamente com ataques intolerantes e ameaçadores. Jónatas E. M. Machado (2002, p. 189) aponta a necessidade de o Estado interferir positivamente para amplificar a voz dos grupos que estão excluídos do plano comunicativo.

Não é só o papel do Estado o combate aos discursos de ódio nas redes sociais, o Artigo 19 dispõe que “todos os meios de comunicação devem, por responsabilidade moral e social, desempenhar um papel no combate à discriminação e na promoção do entendimento intercultural”.

Por isso, os provedores das redes sociais têm papel relevante no debate acerca do discurso de ódio, pois como já citado são nas plataformas dessas empresas que ocorrem grande parte dos incidentes relacionados ao discurso de ódio, e quando isso ocorre elas são demandadas a tomar decisões sobre a manutenção ou remoção do conteúdo acusados de incitar o ódio.

Em razão disso, esses provedores podem e devem desenvolver um quadro normativo-conceitual para orientar essas remoções, consubstanciados em seus termos e condições de uso, bem como os freios e contrapesos tecnológicos no caso de violações. Além disso, podem também desenvolver procedimentos extrajudiciais, por meio eletrônico, para resolver conflitos entre seus usuários. Também podem advertir e excluir usuários de acordo com a gravidade e a reincidência das condutas de ódio, removendo os conteúdos que destilam ofensas e intolerância contra as minorias.

Ressalta-se que tais restrições devem respeitar os princípios constitucionais e legais, sempre visando chegar no menor sacrifício possível ao direito de liberdade de discurso. Ainda, é importante que a decisão de remover qualquer conteúdo ou usuários seja fundamentada, garantindo o direito à defesa dessas pessoas.

Os artigos 18 e 19 da Lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, tratam sobre a responsabilidade dos provedores pelos conteúdos que terceiros publicam, para a Justiça Brasileira só poderão ser responsabilizados civilmente se após uma ordem judicial não tomar as providências para retirar o conteúdo ilícito da plataforma. O STJ tem entendido que após a notificação do provedor, o conteúdo

ofensivo deve ser retirado em 24 horas, sob pena dos provedores responderem solidariamente com o autor direto do dano.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. (Brasil, 2014)

Vale ressaltar que antes dessa lei, para esse tribunal bastava a notificação do ofendido nos meios de comunicação nos próprios aplicativos para começar a correr o prazo. Esse entendimento foi tomado no julgamento de um recurso especial interposto pela empresa Google.

Consta nos autos que após o Google ter sido notificado pelo ofendido, através de uma ferramenta disponibilizada pelo próprio provedor aos usuários do Orkut, sobre um perfil falso que estava a denegrir a imagem de uma mulher, o provedor demorou mais de dois meses para excluir a página. O Google acabou sendo condenado a incentivar o ofendido por danos morais. Porém, com o advento da Lei 12.965/2014, esse tempo somente inicia após a notificação judicial do provedor de aplicação.

Ainda nesse artigo, o parágrafo terceiro dispõe sobre os danos à honra, à reputação ou a direitos de personalidade causados por conteúdos disponibilizados na internet ou ainda sobre causas de indisponibilização desses conteúdos nas plataformas podem ser apresentadas perante os juizados especiais, o que torna essas demandas mais acessíveis a população e com soluções mais rápidas.

§3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais. (Brasil, 2014)

Porém, esse artigo deveria dispor como forma de estimular os provedores a prevenir esse tipo de conflito e remeter essa função à justiça é não reconhecer a necessidade de desafogar a justiça brasileira da quantidade de processos que possui, e ignorar o fato de que o acesso à justiça está cada vez mais difícil e burocratizado, retirando a obrigação das empresas de encontrarem meios de solução alternativas de prevenção e solução de conflitos que seriam bem mais rápidas e com melhores resultados na diminuição dos discursos de ódio dentro das plataformas.

Como a responsabilidade dos provedores, conforme a lei, é subsidiária, sendo papel do Judiciário decidir o que deve ser retirado e considerado ilícito, as empresas entendem que não precisam realizar uma fiscalização dos conteúdos gerados por terceiros, o que abre margem para o grande números de "*hate speech*" nas redes sociais.

Nesse sentido, Patrícia Peck dispõe que:

"[...] onde então só há o dever de remoção quando houver ordem judicial, não privilegia a liberdade de expressão responsável e ética, mas sim os crimes contra a honra (crescentes no Brasil onde qualquer um ofende outro, denegrindo sua honra, imagem e reputação[...]" (PECK, 2014)

Em razão disso, algumas organizações e doutrinadores defendem a inconstitucionalidade do artigo, entre eles o Comitê Gestor da Internet (CGI). Diante disso, o STF irá analisar a constitucionalidade do artigo em razão do Recurso Extraordinário nº 1.037.396, que estava previsto na pauta para o dia 04 de dezembro, porém foi adiada para o ano de 2020. Se for decidido pela inconstitucionalidade do artigo, os provedores de aplicações passarão a se responsabilizar objetivamente por todo conteúdo gerado por terceiros, ficando sob sua responsabilidade a vigilância e a decisão do conteúdo que deve ou não ser retirado.

Nigri entende que: se o provedor oferece os serviços de hospedagem de páginas e, porventura, alguma página por ele hospedada veicular conteúdo indevido, ele deverá ser oficialmente notificado para retirar a página do ar, sob pena de não o fazendo, ser co-autor do eventual crime. Caso o provedor esteja colaborando na elaboração de uma página de conteúdo ilegal (pedofilia, racismo, etc.); desde que se comprove sua participação, ele poderá ser responsabilizado.

Aqueles que defendem a inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil acreditam que com isso os provedores de aplicativos vão ter um maior controle sobre o que os seus usuários publicam em seus perfis, podendo, assim, a partir de uma

notificação de um sujeito que se sentir afetado pelo discurso, retirar a publicação do ar e punir o ofensor, desde que seja comprovado o dano sofrido.

Se isso acontecer, será mais fácil de frear o aumento do discurso de ódio na internet, facilitando que as minorias denunciem esses discursos e de terem uma solução mais rápida, desencorajando que esses perfis continuem a disseminar a intolerância. Além disso, ajudaria na diminuição dos números de casos no judiciário brasileiro.

Atualmente, não existe uma lei que regule de forma específica vários tipos de discurso de ódio, que não se enquadram na lei 7.716/89, não prevê a responsabilidade das redes sociais nos casos de discurso de ódio, assim como não prevê a punição do usuário que publica esses discursos ofensivos. Atualmente, nesses casos é aplicado as normas gerais de responsabilidade civil e código penal.

Por isso, é necessária uma intervenção legislativa que trate sobre os crimes de ódio, principalmente aqueles veiculados pelos meios tecnológicos, utilizando termos mais técnicos e precisos, e com penas mais graves. Em contrapartida, as comunidades internacionais, já possuem legislações com medidas ao combate do discurso de ódio.

A posição de não admissão do hate speech vem marcada em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos como Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Declaração (itens 86 a 91) e o Plano de Ação (itens 143 a 147) emitidos na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban em 2001. (NAPOLITANO, STROPPA, Tatiana. 2017 p. 313-332)

Porém, dentro do direito internacional não existe uma proibição específica ao discurso de ódio, sendo às vezes protegido e, às vezes, não. Todavia, existem países que defendem mais a liberdade de expressão e por isso não há grande discussão sobre essa questão como, por exemplo, os Estados Unidos. Na jurisprudência estadunidense o direito a expressar mensagens de ódio faz parte da liberdade de expressão e, por isso, prevalece sobre outros princípios como a dignidade, honra e igualdade. Mas na maioria dos outros países, o discurso de ódio é considerado perigoso e reprovável pelo Estado, ao exemplo da Alemanha, onde esses discursos podem ser punidos criminalmente, civilmente ou administrativamente.

Por lá existe uma lei intitulada de NetzDG, que força as plataformas com mais de dois milhões de usuários de encontrar formas mais eficazes de denunciar e excluir conteúdo ilegais, tal como o discurso de ódio. As ameaças de violência ou calúnia tem um prazo de 24 horas para serem excluídas após o recebimento de uma queixa, e de sete dias para os casos mais complexos. As redes sociais também são obrigadas a produzir um relatório anual detalhando quantas postagens foram excluídas e por quais motivos, sob pena de serem multadas. Essa lei foi muito criticada, já que limita muito o discurso livre e dá amplo poder aos provedores para definir quais os conteúdos que podem ser barrados.

Mesmo sofrendo duras críticas, a lei não deixa de ser um avanço no combate ao discurso de ódio e a busca por uma sociedade mais justa e igualitária, já que a cada dia que esse discurso nocivo continua na plataforma. Perpetuam-se as mensagens de ódio, discriminação, intolerância e violência neles contidas, que continuam sendo disseminadas a um número indeterminado de pessoas, tendo em vista o acesso irrestrito a tal conteúdo.

Nesse sentido, como salienta *Gonçalves (2012, p. 15)*:

“A Internet é um meio de comunicação sem mediador, onde: “[...] ao mesmo tempo em que abrem exponencialmente as possibilidades de exercício das liberdades públicas e de participação democrática, acentua o risco de abuso dessas liberdades sob a forma de difusão de conteúdos ilícitos, difamação e ofensa ao bom nome e reputação, e outras práticas de caráter fraudulento.”

Além disso, é papel do Estado não deixar que os mais fragilizados dentro da sociedade fiquem expostos a esses conteúdos ofensivos que tem o intuito de causar danos as minorias. Por isso, é importante que o Brasil tenha um regulamento que seja capaz de proteger os grupos minoritários e que sustente os direitos fundamentais para todos e não somente para uma parcela da sociedade.

Atualmente, o projeto de lei 7582/2014, de autoria da deputada Maria do Rosário (PT/RS), encontra-se em tramitação no Congresso Nacional, e tem como objetivo definir os crimes de ódio e intolerância, e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5 da Constituição Federal.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito



Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1998)

O projeto prevê a alteração na legislação penal para punir quem praticar, induzir ou incitar a discriminação por meio de discurso de ódio ou pela fabricação e distribuição de conteúdo discriminatório, inclusive por meio da internet com pena de prisão até seis anos (artigo 5º do projeto):

Art. 5º Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito, por meio de discurso de ódio ou pela fabricação, comercialização, veiculação e distribuição de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda, por qualquer meio, inclusive pelos meios de comunicação e pela internet, em razão de classe e origem social, condição de migrante, refugiado ou deslocado interno, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idade, religião, situação de rua e deficiência. (ROSÁRIO, 2014)

Pena – Prisão de um a seis anos e multa.

Além disso, esse projeto de lei inclui grupos não inseridos na Lei 7116/89, como os LGBT's, menores, deficientes, refugiados, entre outros. Em última atualização do site da câmara legislativa, o projeto passou pela Comissão de Direitos Humanos e Minoria. Se a referida lei for aprovada será um grande passo para a concretização de uma sociedade igualitária, garantindo uma proteção aos direitos fundamentais dos grupos mais frágeis.

## **5. CONCLUSÃO**

O presente estudo buscou analisar o crime de discurso de ódio nas redes sociais, dispondo sobre a importância de um combate ao discurso de ódio que gera um aumento na violência e intolerância contra as minorias sociais, tentando definir o que seria o discurso de ódio e, também, o conceito de minorias.

Além disso, buscou definir o discurso de ódio como um limite ao direito de liberdade de expressão, que é a base para um estado democrático de direito, mas que não é absoluto e deve ser restringindo quando entra em conflito com outros direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana.

Por fim, concluiu-se que o Estado Brasileiro não tem agido de forma eficaz no combate ao discurso de ódio, pois o número de casos no judiciário que tem relação com o assunto vem aumentando a cada dia. Portanto, entende-se que é necessário um cuidado mais elaborado em relação aos crimes de discurso de ódio na internet, atualizando a legislação e orientando o Poder Judiciário, de maneira que as decisões sejam tomadas de acordo com a lei na íntegra.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 02 de maio de 2020.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm) >. Acesso em: 10 de maio de 2020.

BRASIL, Lei Nº 7.716, de 5 de Janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm)>. Acesso em: 9 de maio de 2020.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano**. Direito Público, v. 4, n. 15, 2007.

CARMO, Cláudio Márcio do. **Grupos minoritários, grupos vulneráveis e o problema da (in) tolerância**: uma relação linguístico-discursiva e ideológica entre o desrespeito e a manifestação do ódio no contexto brasileiro. Revista do Instituto de Estudos Brasileiros, n. 64, p. 201-203, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. Ed Coimbra: Almedina, 1989, p.1231.

COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. **Liberdade de expressão na internet**. Salvador: editora JusPodivm, 2019.

**DECISÃO CASO MAJU TRIDANDE.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-racistas-maju.pdf>. Acesso em: 25 Mar. 2020.

**Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 30 de março de 2020.

Disponível no site: <https://www.dw.com/pt-br/lei-contra-discurso-de-%C3%B3dio-na-internet-entra-em-vigor-na-alemanha/a-41996447>. Acesso em 10 de maio de 2019.

Disponível no site: <http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3160349/terceira-turma-fixa-prazo-de-24-horas-para-retirada-de-pagina-com-conteudo-ofensivo-da-internet>. Acesso em 9 de maio de 2020.

**ENTREVISTA DO PROMOTOR.** Disponível em: <https://www.msn.com/pt-br/noticias/brasil/maju-coutinho-vence-na-justi%C3%A7a-processo-contra-racismo/ar-BB110h3n>. acesso em: 27 de abril. 2020.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Informação e Direito na era digital: um novo paradigma jurídico**. Dez. 2012.

ISRAEL, Jean-Jaque. **Direito das Liberdades Fundamentais**. Barueri: ed. Manole, 2005.

KAPLAN, Andréa Ronzoni. **O julgamento da constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet no STF. Estadão**, 25 de nov. de 2019. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-julgamento-da-constitucionalidade-do-artigo-19-do-marco-civil-da-internet-no-stf/> > . Acesso em: 10 de maio de 2020.

LOTTENBERG, Fernando; VAINZOF, Rony. **Discurso de ódio, redes sociais e o marco civil da internet (parte 1)**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-13/opiniaio-discurso-odio-redes-sociais-marco-civil-parte>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

LUCA, Cristina de. **STF adia julgamento sobre responsabilidade de sites por remoção de conteúdo.** Blog porta 23, 27 de nov. de 2019. Disponível em: < <https://porta23.blogosfera.uol.com.br/2019/11/27/stf-adia-julgamento-sobre-responsabilidade-de-sites> > . Acesso em: 10 de maio de 2020.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão:** dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 189.

MANDELA, Nelson. **Long Walk to Freedom.** Boston: Edition Little, Brown & Co, 1994. 558 p.

MARINHO, Rogerio Saraiva. **A liberdade de expressão, o politicamente correto e a transformação das piadas em discurso de ódio.** Acesso em:

<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=db6d9e1beb13d90e>. acesso em: 01 de maio de 20 20.

MENDES, Gilmar. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.** Revista jurídica Virtual. Disponível na Internet:

<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1011/995>. Acesso em: 28 de abril de 2020.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio.** São Paulo: RT, 2009.

NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. **O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão.** Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 313-332.

NETO, Nelson S C. **Você conhece o PL 7582/2014?. Nelson s c neto, 9 de março de 2015.** Disponível em: < <https://nelsonscneto.wordpress.com/2015/03/09/voce-conhece-o-pl-75822014/> > . Acesso em: 8 de maio de 2020.

NIGRI, Deborah Fisch. **Doutrina Jurídica brasileira:** Crimes e Segurança na Internet. Caxias do Sul: Plenum, 2001.

**Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso: 02 de maio de 2020.

**Pacto de São José da Costa Rica.**

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 02 de maio de 20.

PINHEIRO, Patricia peck. **Marco Civil**: 'Se correr o bicho pega e se ficar o bicho come'. 18/02/2014. Disponível em: <[http://www.brasilpost.com.br/patricia-peck-pinheiro/marco-civil-se-correrob\\_b\\_4805018.html](http://www.brasilpost.com.br/patricia-peck-pinheiro/marco-civil-se-correrob_b_4805018.html)>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

ROSÁRIO, M. (2014). **Projeto de Lei N° 7582/2014**. 20/05/2014. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=616270>>. Acesso em: 08 de maio de 2020.

ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPA, Tatiana. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**: o conflito discursivo nas redes sociais. In: Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais**. In: CNOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (coords.). comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.412.

SODRÉ, Muniz. **Por um conceito de minoria**. Comunicação e cultura das minorias. São Paulo: Paulus, v. 2005, 2005.

STJ - **RHC 81451 / RJ 2017/0043808-8**, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131), Data do Julgamento: 22/08/2017, Data da Publicação: 31/08/2017, T6 - SEXTA TURMA. Available from <<https://www.portaljustica.com.br/acordao/2055975>>. Access on 15 de abril. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.460.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. **INTERNET: PUBLICAÇÕES OFENSIVAS EM REDES SOCIAIS E O DIREITO À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS**. Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 79-93, out. 2012. ISSN 2316-3054. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/REDESG/article/view/6263>>. Acesso em: 10 maio 2020.

XIX ARTICLE 19, campanha global pela liberdade de expressão. **Princípios de Camden sobre liberdade de Expressão e igualdade**. Disponível em: <https://www.refworld.org/cgi->

[bin/taxis/vtx/rwmain/opedocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4b5827292](#). Acesso em: 10 de maio de 2020.

YOUNG, Iris Marion. **Representação política, identidade e minorias**. Lua Nova, São Paulo. n. 67. p. 139-190, 2006. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452006000200006&lng=en&nrm=iso](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000200006&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 08 Mar. 2020.

#### **NOTAS:**

[1] Acadêmica do curso de direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA. E-mail: [ruthsuely@hotmail.com](mailto:ruthsuely@hotmail.com)

[2] Orientador. Professor do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte-UFRN. E-mail: [marcus\\_n\\_lima@hotmail.com](mailto:marcus_n_lima@hotmail.com)

[3] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI, em junho de 2020



## DIREITOS DO AUTOR: A CULTURA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS

**RAFAEL LEANDRO DOS SANTOS ALVES:**

Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil - Bauru

**ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO[1]**

**(orientadora)**

**RESUMO:** Em alguns momentos ou até por conta do caos social as pessoas esquecem da importância do direito autoral na vida das pessoas e principalmente na internet. Prova disso e como após passar dos anos com a internet das vidas das pessoas, ainda se existe uma cultura muito forte de “copiar e colar” conteúdos que tecnicamente não foram disponibilizados publicamente e nem sequer ao menos citam o indivíduo que possui manto daquela ideia não só no meio social do dia a dia mas também até no meio de trabalho ou acadêmico por exemplo, baixar um livro na internet e disponibilizar a seus colegas de classe, ou até algo mais corriqueiro como baixar uma música numa página da internet gratuitamente de maneira ilegal, isso está mostrando que a uma carência não só da prática da própria lei e de seu conhecimento com o também do próprio comportamento do ser humano que se construiu e junto com o matéria da própria lei e com próprias doutrinas não só das leis em si de direito autoral mas doutrinas também de assuntos referente a sociedade no mundo digital e seu comportamento em seu meio e entender que com uma possível e repetida forma de educação bem elaborada a nova geração que está se formando e com a atual que está se familiarizando com a máquina está possível uma reeducação referente a esse tema e assim podendo diminuir com o passar o tempo tal comportamento.

**Palavras-chave:** Direito Autoral. Propriedade Intelectual. Comportamento.

**ABSTRACT:** At times or even because of everyday life, people forget the importance of copyright in people's lives and especially on the Internet. Proof of this and after spending years of the Internet with people's lives, there is still a very strong culture of “copying and pasting”, content that has not been technically made publicly available, nor at least cited or individuals who have the idea not just in the middle. social life, but also even the workplace or academic for example, downloading a book on the internet and making available your classmates, or even something more correct like downloading a song on a web page, this shows that it is a lack not only of the practice of the law itself and of its knowledge with the proper behavior of the human being that is built and together with the matter of the law itself and with practices of doctrine not only of the copyright itself, but also doctrines related to

society in the digital world and their behavior in their midst and understand that it is a possible and repeated form a well-crafted education for a new generation that is By graduating and what is familiar with the machine, a re-education regarding this theme is possible and, therefore, it is possible to decrease with the passing or the time of behavior.

**Key words:** Copyright. Intellectual Property. Behavior.

## 1 INTRODUÇÃO

A internet se tornou algo muito importante e essenciais nos dias atuais para muitos indivíduos em vários aspectos, tais eles sendo trabalho, entretenimento e principalmente trouxe acesso a muitos conteúdos e informações gratuitas para se adquirir, pois desde sempre o ser humano buscou e ainda busca várias maneiras de adquirir conhecimento, mas como qualquer meio de conteúdo, tem as suas regras que as vezes, para muitos são simplesmente supérfluos e sem qualquer importância e ainda por cima achar que não haja alguma existência de consequência perante a estes atos maliciosos e não considerá-los como tóxicos ou imorais.

Porém, um simples ato de copiar e colar quaisquer textos, baixar arquivos que não estão em visão pública, imagens ou até músicas e utiliza-las sem sequer uma devida autorização do suposto dono pode gerar muitas consequências.

Trazendo enfim uma discussão de sob uma possível causa deste comportamento automático na internet, do porque o ser humano achar que existe uma liberdade ao tal ato e se há uma visão de que futuramente esse malefício possa ser possível se reverter com auxílio de uma análise da questão sobre a própria lei dos direitos autorais e comparar a uma distinção ao comportamento da sociedade perante a internet no aspecto utilizar tais conteúdos e lembrar de suas responsabilidades civis, as suas consequências jurídicas de tais atos, e evidenciar a importância da lesão moral e econômica do autor e se realmente vale a pena ser lesionada.

## 2 ANALISE SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL

### 2.1 Conceito de Propriedade em geral

Para se entender como se funciona os direitos autorais e como e utilizada hoje na internet, e impossível não ter que citar sobre esse assunto, porque o direito autoral do autor e simplesmente uma das sessões que se originou por conta propriedade em geral.

Em definição jurídica da propriedade está prevista no seu artigo 1.228 do código civil, e a lei assegura ao indivíduo o poder exclusivo de usufruir sob a coisa que o pertence dentro dos limites traçados em lei (ESPINOSA; GAMA, 1956, 2002).

O tal art. 1.228 a respeito diz:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. (BRASIL, 2002).

Mostrando que essa de definição se dá mais ao aspecto de uso da propriedade do que o que a propriedade propriamente dita, em matéria do que seria em si a propriedade, de acordo com Rizzardo (2003) diz que a propriedade é um direito complexo, pois se leva numa observação em como a lei possui capacidade de se regularizar a utilização desse bem independente da pessoa direta a esse bem ou a um terceiro acha demonstrando um caráter de direito absoluto.

Portanto a propriedade em si são bens, materiais ou imateriais, todos regularizados por lei, que caracteriza o qual comportamento que a pessoa física ou jurídica se deve ter em casos de sua utilização, independente se o bem for uma propriedade resolúvel, propriedade fiduciária e ou até propriedades literárias, científicas e artísticas.

## **2.2 Sobre Propriedade Intelectual**

A propriedade intelectual em espécie de matéria são espécies leis que abrangem os direitos de proteção de produtos de intelecto. De acordo com Del Nero (1998) uma possível contribuição para a origem que se deu da propriedade intelectual foi uma análise mostrando que por conta do avanço da história e o junto com o avanço da ciência, se traz uma complexidade cada vez mais em como se regularizar, utilizar e até mesmo a sua produzir essas novas ideias juridicamente, independente se forem bens matérias ou imateriais.

Segundo SHERWOOD (1992, apud Manuela Silva dos Santos, 2008) cita a sua definição de termo propriedade intelectual sendo como uma junção de duas ideias sendo essas da privacidade da criatividade e a sua proteção dessa criatividade no meio público, ou seja, a junção de ideias criadas pelo intelecto sendo essas obras literárias, científicas, artísticas e invenções são matérias da propriedade Intelectual.

Portanto, é fácil dizer que propriedade intelectual, portanto inclui matérias de Direitos Autorais, pois são esses que se analisam e protegem obras literárias, científicas, artísticas e previstas na sua lei 9610 de 1998 enquanto em questão de

obras de produtos industriais (relações de patentes de invenções) produtos que estão em posse do autor ou de empresas ligadas ao produto feito pelo autor = bens industriais está protegida na sua lei 9.279 de 1996.

### **3 DIREITOS AUTORAIS**

#### **3.1 Evolução Histórica**

Até a lei 9.610 ser originada e se tornar a lei que conhecemos hoje deve ser vista a sua trajetória histórica, deve se observar que a matéria de direito autoral ao longo do tempo se mudou e aperfeiçoou, isso se dá ao homem que desde os primórdios conseguiu utilizar-se de seu intelecto para a criação de ideias (SILVEIRA, 1998 apud SANTOS, 2008, p.15), portanto não se uma grande surpresa pois o próprio pensamento de se proteger essas ideias, ironicamente também se surgiu numa outra ideia.

Na legislação Brasileira teve o seu primeiro resquício na Lei de 11 de agosto de 1827 (que se deu origem a concessão do privilégio de compêndio precedentes a professores num período de dez anos) e respectivamente em seguida em 1830 no Código Criminal (aonde se regularizou a tradução a herdeiros enquanto ainda vivos).

Mas o direito autoral de fato surgiu-se em 24 de fevereiro de 1891, na primeira Constituição Republicana em seu artigo 72, parágrafo 26 que condiz e a asseguaração da garantia do direito de autores a obras literárias e artísticas e também se garantido o direito da empresa poder reproduzi-las.

Em seguida se deu em, 1898 com a Lei nº 496, moldada nos projetos Medeiros e Albuquerque (aonde surgiu a regulamentação de propriedades literárias, artísticas e científicas como uma garantia a vida do autor e aos herdeiros), em 1924 com o decreto nº 4.790 (uma simples complementação da matéria de lei aonde se foram incluídas a adição de cinematografia e radiodifusão).

E por fim na Constituição Federal de 1946 novamente afirmam as matérias de proteção dos direitos patrimoniais que devem ser acima (as mesmas apresentadas na Lei nº 496, porem a diferencia e que estes poderão ser gozados pelo tempo que a lei fixar)

Gama salienta em uma de suas notas aponta a reutilização da meteria da constituição de 1946 na atual Constituição Federal (1988) no seu artigo 5º, inciso XXVI:

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:

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

Isso também mostra que pelo fato de haver um relato desse tipo de lei em matéria de princípio constitucional mostra a sua importância e relevância jurídica até os dias atuais.

O fator Internacional também teve influência na formação do direito autoral, simplesmente pelo fato de a proteção de direito autoral haver muitas regras em seus respectivos países, se acabou resultando o surgimento de convenções, de várias convenções que houveram. A primeira foi a Convenção de Berna onde se iniciou em 1884 e se teve outras revisões nos anos de 1896, 1908, 1928 até a sua última em 1948 que se resultou na criação da lei nº 59 em 1951. A segunda se dá pela convenção de Washington em 1946 que se resultou na vigência do Decreto nº 26.273 no mesmo ano. (ESPINOLA; GAMA; 1956, 2002).

### **3.2 Conceitos da lei de direitos autorais e suas obras**

A lei em si é considerada de recente data que reconhece aos direitos do autor sob tais produtos geridos de sua inteligência, tais bem como sendo esses bens científicos, artísticos e obras literárias. (ESPINOLA; GAMA; 1956, 2002).

Percebe-se que não se foge da própria descrição que a lei introduz os direitos autorais em espécie do seu art. 1º que descreve:

Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos. (BRASIL, 1998, art. 1º)

O uso do termo “propriedade artística, intelectual e obras literárias” teve o seu regulamento no código civil de 1973 na espécie do seu art. 649 e abrange todos esses tipos de obras em modo geral (Del Nero, 1998), mas foi-se revogada e a atual

lei (9.610/98) regulamenta essas propriedades, claro, o termo que se era chamado ainda continua em vigor.

Em questão de bens, vale salientar que as obras que abrange essas obras nessa proteção de direito autoral, o seu art. 7º descreve tais obras inseridas:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;



XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. (BRASIL, 1998, art. 7)

Vale comentar que o instituto do inciso XII desse artigo já possui uma legislação própria (como citado no parágrafo 1º do mesmo artigo), conseqüentemente não será objeto de estudo nesse artigo.

Falando de não objeto de estudo, a mesma lei no seu artigo 8º se mostra o que não se podem ser considerados objetos de proteção ao direito autoral:

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;

III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;

IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;

VI - os nomes e títulos isolados;

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

Rizzardo (2003) cita que mesmo se haja uma obra de cunho intelectual e originalidade, se não houver interesse científico para a sua publicação, não será objeto dessa lei, mostrando que obras situadas a esse dispositivo são aquelas que foram oficialmente publicadas, ou seja, que tiveram capacidade de despertar interesse público e que satisfaz em matéria de ordem cultural e se ganha a capacidade de se considerar como um bem intelectual e ser-lhe garantido tais proteções da lei.

## 4 DIREITO DO AUTOR

### 4.1 Da Posse e a Configuração de Identificação de uma Obra

A posse seria uma projeção ao direito da propriedade do indivíduo, sendo que o autor nesse caso poderá exigir o direito de haver uma posse o seu tal produto juridicamente se esse produto em si se configura como propriedade, R. Von Ihering traz uma frase muito perspicaz que diz respeito a essa colocação: "onde não há propriedade não pode haver posse, - correspondente a regra: onde não existe o direito não pode exigir posse de direito, ou seja, em linguagem processual: onde no há petitório não pode haver possessório" (JHERING, 2003, p. 112).

Coincidentemente, se dá a mesma visão que se que está na Lei 9.610 no seu artigo 8º em respeito das não consideradas como obras protegidas nos direitos autorais e que sua posse garante a tal indivíduo essa proteção, claro deve se lembrar que a titularidade ainda pode transferir tal bem a terceiros, já que a lei não protege so a pessoa que criou a obra, mas também terceiros que esse titular pode transferir tal obra, porem isso não modifica o fato dessa posse ser "eternamente" (se desconsiderarmos o seu tempo limite prevista no art. 41 da Lei de Direitos Autorais) seu título, mas, esta posse desse tipo de propriedade está ligada a qual indivíduo?

Esse suposto indivíduo e o Autor, ele está configurado no seu artigo 11 da própria Lei de Direitos Autorais que diz:

Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica

O seu paragrafo diz respeito a exceções em questão de pessoa jurídica, mas isso não significa que essa pessoa jurídica e o autor, a uma explicação o do porquê pessoa jurídica não ser autor: "Afinal, apenas o ser humano pode criar. A pessoa jurídica não pode criar, exceto por meio das pessoas físicas que a compõem, caso, em que os autores são, então, as pessoas jurídicas." (Branco; Paranaguá, p. 39).

A sua inscrição está localizada no artigo 13 da lei, nela diz:

Art. 13. Considera-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário, aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas no artigo anterior, tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização.

Mostrando que para o autor possa ser identificado o autor deve se apresentar e não podendo haver provas contrárias de tal, por exemplo, obras que se possuem uma coautoria ou feitas coletivamente, mesmo que haja uma lei que regula das tais coautoria ou coletiva (artigos 16 até 17 da Lei de Direitos Autorais) e muito complicado se provar que tal obra e sua, principalmente se o tal bem for indivisível.

#### **4.2 Direitos Morais e Patrimoniais do Autor**

O direito do autor estão previsto no artigo 22 da lei de direitos autorais e configura direitos do autor em aspecto moral (artigos 24 até 27) e patrimonial (artigos 28 até 45).

Em aspecto moral, a lei tenta proteger a integridade moral da obra do autor e a real personalidade descrita da suposta obra e seu estilo, a sua discriminação está situada no artigo 24 e nela se traduz essas discriminações em espécies como: paternidade da obra, integridade, a publicação e sua preservação e pelo fato de ser moral, só autor, atual titular da obra deve exercer. Santos (2008) aponta o artigo 27 da lei de direitos autorais, e aponta o seu entendimento de direito moral como direito personalíssimo tendo características de erga omnes (se vale para todos), incomunicabilidade, Impenhorabilidade, imprescritibilidade e indisponibilidade.

Um exemplo de uma aplicação do dano moral e uma pessoa disponibilizar uma arte na internet para o público, isso significa que qualquer indivíduo pessoa que postou essa arte poderá se apreciar de tal material? De acordo com Santos (2008) não, pois mesmo se a suposta autora disponibilizar e abrir mão economicamente do seu bem, não se perde a sua gozação em aspecto moral, pois, se caracteriza como *sui generis* assim a qualquer momento esse autor por exemplo pode retirar tal material.

Em meteria moral também se da possibilidade de sucessão a essas obras pela morte do autor a seus sucessores, mesmo que em via técnica seja incomunicável, essa sucessão se dá pelo direito de o sucessor poder defender essas obras.

Nos Direitos Patrimoniais se vai em matéria econômica daquele bem em relação ao autor garantindo a sua exclusividade para gerar lucros monetários, exclusivos porque se necessita da ordem do autor para atribuir condições a suas obras, essas condições estão mostradas nos incisos do art. 29 dando possibilidade do autor poder reproduzir parcialmente a sua obra, até, o que se interessa em matéria de internet, permissão de arquivamento na internet (Inciso IX)

A duração da posse desse direito está prevista no artigo 41 da lei de direitos autorais, que configura 70 (setenta) anos a partir do 1 de janeiro do ano subseqüente

após a morte do autor podendo passada em frente como sucessão ou risco de cair como obra pública caso não houver alguém.

## **5 A SOCIEDADE DIGITAL**

### **5.1 Relação entre Internet e Sociedade**

Nos dias atuais, todas as casas, se não forem todas, a sua grande maioria, possui um computador em casa ou outro meio de se acessar a internet, mostrando que a era digital e seu objetivo de globalizar a sociedade com o mundo tecnicamente está funcionando.

“O avanço tecnológico na comunicação sempre perseguiu o objetivo de criar uma Aldeia Global, permitindo que todas as pessoas do mundo pudessem ter acesso a um fato de modo simultâneo” (PINHEIRO, 2013, p.67). O que era um dispositivo que só era usado em instituições de ensino, hoje se tem na palma da sua mão através de aparelhos celulares.

Mas quando maior a sociedade incluída, surge também uma maior demanda de necessidades, necessidades tais elas sendo como, maneiras de se entreter, interagir com pessoas, e principalmente acesso de conteúdos como vídeos, imagem, textos, livros, e muitos outros. E essa demanda conseqüentemente também se exigira um avanço da jurisdição e do direito para se analisar cada caso e contexto do que se pode ou não fazer na internet, o que é muito complicado, pois a internet cada vez mais avança e sempre aparece algo diferente e o direito de alguma forma tem que estar junto e preparado para essas novas mudanças, e conhecemos que o direito para se fazer mudanças e se adaptar, não é assim tão rápido:

uma única geração é capaz de ver nascer e desaparecer uma dessas

tecnologias, especialmente as digitais de informação e comunicação, muitas

vezes sem nem mesmo se aperceber disso. Implanta-se a cultura da

velocidade e essa associa-se, de forma intensa, com a velocidade com que

são descartadas soluções tecnológicas que mal foram criadas. (PRETTO, 2011, p 98)

E essa velocidade está evidenciada quando se cria vários comportamentos, comportamentos que hoje influenciam não só na frente do computador ou celular, mas também na suposta vida real, Branco e Paranaguá (2007) cita um desses comportamentos de simplesmente, uma pessoa que tem acesso a livros na faculdade, o digitaliza um livro técnico que deve ter acessado ou por um professor ou na própria biblioteca, se utiliza para uso próprio e começa a compartilhar esse livro por outras pessoas, pessoas que podem nem estar filiadas a instituição que esse indivíduo estuda, já nesse tipo de conduta já mostra uma violação aos direitos autorais, essa e outras condutas como por exemplo o plágio e a falsificação de dados, condutas que são bem simples de serem evidenciadas, o problema da internet não é só sobre a pessoa ficar o dia inteiro sentado frente a tela do computador ou de celular e não sair de casa e interagir com outros seres humanos, o problema é ainda sendo maior, e o com ao pessoa se porta naquele momento, o que pessoa faz nessas muitas horas em frente daquela tela, vários crimes podem ser cometidos só com um dedo ou vários dedos interagindo no teclado.

## **5.2 Internet contra Direito Autoral**

Com as condutas vistas acima, se mostra que a uma existente marginalização em condutas na internet, Pinheiro (2012) explica sobre essa marginalização se resulta pelo fato da pessoa não haver um domínio completo da utilização da internet, e esse mal domínio seria algo mais aterrorizante da era digital, uma coisa é saber usar a internet, outra é entender como usar a internet, não adianta você saber usar mídias sócias, aprender a postar fotos ou vídeos, mandar mensagem para seus amigos ou familiares, se a pessoa nem sequer por exemplo, sabe mandar corretamente um e-mail para o seu chefe de trabalho, e se a pessoa claramente não tem esse domínio e não tenta resolver esse comportamento numa situação de trabalho, obviamente essa pessoa não irá tentar entender mal de baixar músicas gratuitas ilegalmente, usar esses arquivos de música em realização de um vídeo feito pela sua autoria mas não reconhecendo no vídeo de quem ele ou ela pegou essa música, e como o direito autoral se necessita a ação do autor para se proteger destas tais ações, como isso será feito se muitas dessas situações, o autor ou a pessoa ligada ao bem que está sendo utilizado num contexto ilegal as vezes não faz nem ideia de que isto esteja acontecendo, "Aqueles que não tiverem existência virtual dificilmente sobreviverão também no mundo real" (PINHEIRO, 2013, p. 68)

Isso traz uma indagação de que se realmente o direito autoral hoje como uma lei específica realmente funciona nos dias atuais, na internet, aonde se é quase impossível ter um alto completo controle por conta da tecnologia não der muito espaço para tal proteção, "não se pode negar que houve uma mudança sob a ótica do usuário da internet, e isso se deve a tecnologia, que permitiu a reprodução e a

circulação como jamais poderíamos imaginar” (SANTOS, 2018 p. 123). Pois se vê que uma lei específica como o Direito Autoral mesmo o que seja e tenha a sua importância no mundo jurídico não se consegue proteger todos os seus bens elencados e poucos são devidamente punidos de tal.

## **6 CONSEQUENCIAS JURIDICAS E RESPONSABILIDADE DO USUARIO**

### **6.1 Sobre Danos do Direito Autoral De Natureza Civil**

Observamos no item nº 5 as disposições sobre direito autoral e como funcionam em teoria em aspectos morais e sua disposição da lei, porém, mas como isso funciona em aspecto de pratica? De acordo com Santos (2008) tal dano moral se configura em responsabilidade civil e se é em via de regra objetiva e se prescinde de culpa. Culpa essa causada pois pela utilização dessas obras em meio ilícito da internet se causa por uma quebra de ética e responsabilidade do usuário da Internet.

Tal Ética do usuário da internet e observada por Pinheiro (2013) que cada um e responsável pelo o que posta e age no meio digital, pôs pode-se responder em aspectos judiciais em casos graves, a tal ética no ambiente da internet em si e como a pessoa deve se portar no seu uso, da necessidade do indivíduo de se educar antes de utilizar da internet.

Em matéria de Responsabilidade civil em si e um tema muito complexo pois abrange várias atividades e funções sociais do ser humano, e de acordo com Diniz (2010) tem a sua função de apaziguar e resolver problemas tanto morais e patrimoniais e o tal interesse de ressarcir tão dano causado, a quem a pessoa deve se responsabilizar a tais danos e como deve ser feita o ressarcimento, isso em si e a responsabilidade do dano civil que se dá a não aceitação do dano não ser lesado e como deve ser resolvido tal dano no âmbito jurídico e tais responsabilidades podem ser morais ou patrimoniais

No código Civil, tal lei se está presente no seu artigo nº 927 que diz:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo

Tais atos lícitos, morais e patrimoniais estão descritos respectivamente nos artigos 186 e 187 do código civil, no artigo 186 diz:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a



outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.  
(BRASIL, 2002)

Necessariamente, de acordo com o Diniz (2010) se é originado quando o autor se vê ofendido quanto, no caso de direito autoral, por exemplo, uma utilização de um suposto livro, e utilizar de tal informação contida nesse livro e não ser correspondente ao que esse livro fala, e sabemos que mesmo que outra pessoa esteja usando incorretamente de tal informação, o autor será também possivelmente responsável pois e de tua obra que está sendo “baseada”, e claro, importante ressaltar o sentido de vergonha e humilhação do suposto autor que passar por esse tipo de situação, para se reparar tal

Em seu artigo 187 do código, ele diz:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002)

Nesse artigo em si se configura em relação a configuração de algum abuso de direito de algum dano em casos econômicos, o qual o tal autor ira sofrer economicamente a suposta inflação e de acordo com Santos (2008) esse artigo possui ligação com o Enunciado 159 da II Jornada referente a ofensa de direito da personalidade.

Portanto, quem pratica de tal ato de cópia ilegal e não pelo menos cita o autor, responde moralmente os direitos patrimoniais do autor e por danos morais tanto no meio físico, tanto no meio digital.

## **6.2 Sobre Danos no Direito Autoral de Natureza Penal**

A violação dos direitos autorais em aspectos penais está situada no seu artigo nº 184 do código penal, e nele se situa:

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa

§ 1o Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista

intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2o Na mesma pena do § 1o incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3o Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 4o O disposto nos §§ 1o, 2o e 3o não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

Para Bittencourt, o bem jurídico protegido, assim como no Direito Civil também, e a proteção de direitos tantos morais e patrimoniais do bem, ou seja, a propriedade intelectual como já vimos anteriormente em relação do que é em teoria propriedade intelectual (item 2.2) e são conexos a questão do que foi interpretado e como a obra foi utilizada e se categoriza como um crime comum e ação penal pública incondicionada.

O sujeito ativo seria qualquer pessoa, física ou jurídica, e podem se configurar aspectos de coautoria ou participação. O sujeito passivo, como no direito civil, só

pode ser o titular do tal bem (literário, científica ou artística) tanto o próprio autor que realizou tal obra ou seus sucessores

Seu tipo objetivo e a violação do que é conexo a direito autoral do autor ou sucessor do bem, tais violações podem ser da reprodução gráfica da obra original ou sua comercialização não autorizada, tal direito que é definido na lei nº 9.610 de 1998.

Se é observada que tal ação de reprodução e comercialização (vender, alugar, introduzir no país) também são espécie de qualificadora da lei, apresentadas nos incisos 1º e 2º, e obviamente por serem qualificadoras se tem uma pena maior. Seu tipo subjetivo e o dolo, se observa pela vontade livre do sujeito de violar tais direitos, sejam elas por lucro direto ou indireto. A consumação se dá pela publicação ou exposição pública de tal bem e não possui matéria de tentativa, pois tal crime possui natureza material.

Em nosso objeto de estudo, o mais importante está referido ao parágrafo 3º, nela se diz respeito a tais crimes feitos ocorridos e com uso da própria internet, ou seja, uso da internet como o tal material de crime tendo a sua devida pena a sofrer reclusão entre 2 (dois) a 4 (quatro) anos ou multa.

A visão tanto civil como penal possuem uma mesma observação em relação em como julgar tão matéria, a diferencia em si e a consequência e a punição que cada uma delas possuem, se observa que a lei está presente, e possuem consequência a seus atos, mas, vistos como a sociedade e o ser humano se comporta na internet, se dá a entender que mesmo com leis, em pratica não funciona como deveria.

## **7 METODOLOGIA**

Neste breve capítulo, se vê a necessidade de demonstrar o objeto de estudo apresentado e suas respectivas etapas para a realização da pesquisa.

Este estudo a um requerimento de uma análise quantitativa, já que como o seu objeto possui caráter exploratório, ou seja, a necessidade de usos de bibliografias para levantar supostos dados, dados que são em objeto de direito autoral para se realizar uma pesquisa em sua relação aos comportamentos da sociedade atual na internet em referente a tais leis, e primordial uma releitura das leis, conhecer doutrinas referente a elas e seus respectivos caracteres em relação as práticas tanto civis como penais e qual a justificativa de mesmo que haja leis se que asseguram tais direitos, ainda existem tais comportamentos de bastante abundancia ao seu desrespeito e com um pensamento dedutivo e tentar encontrar possíveis análises de como mudar tal comportamento.

Etapas:

- Realizar uma análise teórica referente ao direito autoral e suas leis, uma breve visão histórica, e sua ligação aos princípios como objeto de propriedade.
- Analisar a sociedade referente a internet e como há uma ligação ao direito autoral em seus comportamentos
- Entender tais consequências desses comportamentos na internet em matéria de leis tanto civis como penais.
- E por fim tentar encontrar possíveis soluções a tais comportamentos e se há uma possível melhora de tais leis em pratica nos dias atuais.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Portanto, como na internet se vê uma precária educação à sua utilização e como apropriadamente se portar, a sua consequência se dá uma realização de diversas praticas banais e imorais, assim, se observa uma urgente necessidade de uma reeducação e um controle a essa nova geração que está atualmente começando a se inserir nesse meio, pois, como educação, se começa desde menor, e se é necessária uma participação de um responsável e sempre observar o que o menor está fazendo e orientar tais condutas e com muita paciência e tempo, de acordo com Pinheiro (2013) não basta só entregar o material, o meio, ensinar a ligar a máquina e como usar o teclado, mas não ensinar matérias de segurança digital, ou seja, orientar o que é certo ou errado e não só os pais, com o também a própria internet incentivar tal educação com programas, mídias sociais ou locais que os jovens mais frequentam na internet e apresentar discussão de tal assunto. Só com paciência, tempo bem investidos, adaptação se modificara tal ponto de referência, o jovem ou qualquer outro indivíduo que está começando a se inserir ao tão meio, será recompensado e se tornara um ser humano mais responsável e incluso no meio digital em matéria social, não só isso, como também estão preparando um profissional que vai estar preparado em se utilizar da internet no seu meio de trabalho e acadêmico,

Em matéria de lei, o direito já mostrou no seu aspecto histórico, principalmente nos direitos autorais a suas adequações em seus respectivos anos, mas como hoje o território que abrange tão proteção, que é a internet, e tudo rápido, porque não se adequar a tal lei de direito autoral, especificamente da internet em uma auto-regulamentação da lei. Pinheiro (2008) apresenta tal modalidade de apresentar a população e de tais normas digitais em mensagens eletrônicas e os próprios provedores tanto dos seus respectivos endereços eletrônicos em sua página

inicial apresentares a normas que estão subjetivos, ou seja, possibilita a publicidade de tais regras ao público e se torna impossível a alegação de não conhecimento da lei, tal alegação que funciona no direito em matéria física.

Tais soluções podem não resolver os problemas de imediato, mas assim como no direito, só o tempo e iniciativa de mudanças, se surge a possibilidade de uma evolução e se adequar ao que conhecemos hoje como sociedade atual.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. 1.ed. Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/2832>. Acesso em: 20 nov. 2019

BRASIL. [Decreto-lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 (1991)] **Código Penal**. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 19 nov, 2019.

BRASIL. [Codigo Civil (2002)] **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro DE 2002**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 19 nov. 2019

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 nov, 2019.

BRASIL. [Lei nº 9.610, de 19 de Fevereiro De 1998 (1998)]

**Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm). Acesso em: 19 nov, 2019

DEL NERO, Patricia Aurélia. **Propriedade Intelectual**: a tutela juridical da biotecnologia. São Paulo. Revista dos Tribunais LTDA, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

ESPINOLA, Eduardo; Gama, Ricardo Rodrigues. **Posse – propriedade, compropriedade ou comdomínio, direitos autorais**. 1. ed. Campinas: Books

Eller, 2002.

JHERING, R. Von. **Teoria Simplificada da Posse**. 1. ed. São Paulo: JG Editor, 2003.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. **Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88**. 2007 Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2007.

Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7613>

Acesso em: 20 nov. 2019

PRETTO, Nelson de Luca. **O desafio de educar na era digital**educações. Rev. Port. de Educação, Braga, v. 24, n. 1, p. 95-118, 2011.

Disponível em [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0871-91872011000100005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0871-91872011000100005&lng=pt&nrm=iso)

Acesso em: 19 nov. 2019

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas: de acordo com a Lei nº 10,406, de 10.01.2002**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SANTOS, Manuella Silva dos. **Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8112>

Acesso em: 21 nov. 2019

NOTAS:

[1] Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru – e-mail: [andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br](mailto:andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br)



## A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS NÃO PADRONIZADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

### **LANNA GABRIELA BRUNING SIMONI:**

Pós-Graduada em Direito Ambiental – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Constitucional – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Penal – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Sanitário – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito da Criança e do Adolescente – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduado em Direito Difuso e Coletivo – Faculdade Cidade Verde. Pós-Graduada em Direito Público – Anhanguera Uniderp. Pós-Graduada em Direito Processual Penal – Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Pós-Graduada em Direito Processual Civil – Damásio Educacional. Bacharel em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

**RESUMO:** O presente estudo busca esclarecer os pressupostos necessários para o fornecimento de medicamento não padronizado pelo Sistema Único de Saúde conforme os requisitos prescritos pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1657156/RJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (RE 657718/MG) quanto ao tema em baila.

**PALAVRAS-CHAVE:** saúde, direito fundamental, medicamento, não padronizado

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS EM ATOS NORMATIVOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. 2.1 DO DIREITO À SAÚDE. 2.2. CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS.

### 1. INTRODUÇÃO

O direito social à saúde constitui-se um direito fundamental de segunda dimensão e, no ordenamento jurídico pátrio, é tratado com status de cláusula pétrea, sendo um direito subjetivo indissociável do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

As normas que regem o direito fundamental à saúde possuem textura aberta, dado o preceito universal e integral que nelas orbitam, gerando um estado de tensão dialética entre os finitos recursos estatais para viabilizar a sua prestação e as infindáveis demandas para concretização desse direito.

Desse modo, tendo o Poder Judiciário o papel fiscalizador dos atos públicos, diante da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF/88, art. 5º, XXXV), permite-se que demandas envolvendo o direito a saúde sejam apreciadas de modo a se garantir o mínimo existencial.

Sob esse viés, pretende-se discorrer a respeito da prestação de medicamentos não incorporados pelo Sistema Único de Saúde, segundo precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1657156/RJ e pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 657718/MG

Diante do dever do Estado de promover os direitos sociais essenciais à pessoa, observa-se a relevância do tema, mormente diante dos múltiplos litígios de massa envolvendo a temática que abarrotavam até então o Poder Judiciário.

## **2. CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS EM ATOS NORMATIVOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

### **2.1 DO DIREITO À SAÚDE**

A dignidade da pessoa humana é um atributo de todo ser humano e possui relação de mútua dependência com os direitos fundamentais. Ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais surgem como uma exigência da dignidade para proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente através da existência desses direitos é que a dignidade poderá ser respeitada e protegida.

O direito à saúde, como corolário do direito à vida e bem precípuo para a dignidade humana, foi elevado pela Constituição de 1988 à condição de direito fundamental (3º, 5º, caput e §§1º e 6º, CF). A Carta Magna, preocupada em garantir a todos uma existência digna e observando o bem-estar e a justiça social, tratou de incluir a saúde com um dos pilares da ordem social (arts. 193 e 196, CF).

Nesse caminhar, o art. 196 da CRFB/88 buscou assegurar a todos o direito à saúde, impondo ao Estado o dever de garanti-lo mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como a assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Infere-se, por consequência, que a saúde é um direito social vinculado aos interesses primários da sociedade, que assume *status* positivo do indivíduo perante o Estado em sentido lato. São direitos prestacionais, de segunda dimensão, nos quais o cidadão possui o direito subjetivo e a possibilidade de instar o Poder Público para que este os realize e os assegure.

A respeito do tema ressalta-se:

[...] O que se pretende realçar, por exemplo, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo (individual ou mesmo coletivo, a depender do caso) a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana, diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável da própria condição do direito à saúde como direito fundamental, ou seja, como trunfo contra a maioria, muito embora com isso não se esteja a sustentar que o direito à saúde possa ser considerado como um direito ilimitado a qualquer tipo de prestação estatal. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, 2018, p. 578).

No caso do direito à saúde, o legislador constituinte fez questão, portanto, de prever que o direito de acesso às prestações sanitárias é de acesso universal, integral e igualitário, garantindo que o atendimento contemple todos que tiverem sua saúde afetada, independentemente de filiação e de contribuição para o financiamento da seguridade social ou de qualquer fator pessoal ou diferenciado.

Assegurado mediante políticas sociais e econômicas, que buscam sua efetivação, o direito público subjetivo à saúde busca promover uma igualdade de acesso:

[...] a garantia de 'acesso universal e igualitário' às ações e serviços de saúde coaduna-se, mormente no contexto de países com marcada desigualdade social como o Brasil, com a necessidade de cotejo entre a necessidade da prestação postulada e as reais possibilidades do interessado e da comunidade. [...] O acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde deve ser conectado com uma perspectiva substancial do princípio da isonomia. (SARLET, 2013, p. 1936).

A respeito da integralidade do direito à saúde prevista no art. 198, II, da Lei Maior, elucida André Ramos Tavares:

As ações e serviços públicos de saúde subsumem-se ao princípio do atendimento integral (art. 198, II), que é diverso do já mencionado acesso universal. Este se refere ao direito que, no caso, é atribuído a qualquer pessoa. Já o atendimento

integral refere-se ao próprio serviço, que, no caso, deve abranger todas as necessidades do ser humano relacionadas à saúde. Portanto, não só todos têm direito à saúde como esta deve ser prestada de maneira completa, sem exclusões de doenças ou patologias, por dificuldades técnicas ou financeiras do Poder Público. Não é permitido a este esquivar-se da prestação de saúde em todos os setores (2019, p. 930).

Para esse objetivo, impõe-se uma responsabilidade solidária entre os entes no fornecimento de assistência para quaisquer dos níveis de complexidade, constituindo um sistema único por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada que inclui atividades de prevenção epidemiológica, de atendimentos, de assistência farmacêutica e de prestação de serviços e de fornecimento de insumos necessários à integração ou reintegração do indivíduo à vida social (art. 23, II e art. 198, ambos da CF).

Com efeito, consoante os ensinamentos de Gilmar Mendes (2015, p. 665) a Lei Maior “adotou a sistemática preconizada pelo federalismo cooperativo, em que o Estado, permeado pelos compromissos de bem-estar social, deve buscar a isonomia material e atuação conjunta para erradicação das grandes desigualdades sociais e econômicas”.

Nesse caminhar, os Tribunais Superiores, em reiterados precedentes, têm decidido que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária dos entes federados, podendo o polo passivo da demanda ser composto por qualquer deles, seja isoladamente ou em conjunto. Colaciona-se, por oportuno, julgado submetido à repercussão geral no Supremo Tribunal Federal quanto à responsabilidade solidária dos entes federados na assistência à saúde:

Os entes da Federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. STF. Plenário. RE 855178 ED/SE, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 23/5/2019 (Info 941).

Por consequência, inviável aduzir exceções à garantia da universalidade de acesso, de sorte que todas as atividades de gestão, organização e hierarquização do

Sistema Único de Saúde devem ter por objetivo a otimização planejada e a efetivação do acesso universal.

Desse modo, as balizas da universalidade e da integralidade devem orientar a atuação descentralizada do sistema, sendo que ao mesmo tempo em que não se pode negar o acesso aos serviços e políticas de saúde – sem distinções de procedência entre os usuários –, também deve-se assegurar aos entes ferramentas capazes de organizar e planejar sua atuação.

Sob essa perspectiva, esclarece a Lei Maior que cabe ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, considerando-se a sua relevância pública, de modo que sua execução deve ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (Art. 197, CF).

Em nível infraconstitucional, o direito à saúde é regulado pela Lei 8.080/90, a qual estabelece a execução de ações de assistência terapêutica integral no âmbito de atuação do Sistema Único de Saúde, dentre elas a farmacêutica:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (...) Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I – a execução de ações: (...) d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Nesse caso, ao realizar uma leitura sistemática dos mandamentos constitucionais e infralegais relativos à saúde quanto a sua eficácia e aplicabilidade, a Administração Pública não dispõe de discricionariedade no que tange ao dever de implementação de políticas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais. Em outras palavras, tais direitos e garantias gozam de aplicabilidade imediata, não se inserindo em um juízo de conveniência e oportunidade a implementação de políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais que garantam o mínimo existencial.

Destarte, dado o caráter cogente e vinculante das normas constitucionais relativas à saúde, a interpretação da norma do artigo 196 da Constituição Federal

como de índole programática não possui o condão de transformá-la em uma promessa constitucional inconsequente, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal:

PACIENTE COM "DIABETES MELITUS" PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS DIREITO À VIDA E À SAÚDE FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS DE USO NECESSÁRIO, EM FAVOR DE PESSOA CARENTE DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) PRECEDENTES (STF) RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - **O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.** (STF, ARE



685230 AgR, Segunda Turma, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 05/03/2013).

Por derradeiro, a ordem constitucional materializa, de forma contínua, a garantia fundamental do direito a saúde, de modo que a omissão ou a desídia do Poder Público quanto a sua prestação traduz ofensa a direitos fundamentais que reclamam correção pela via judicial, conforme o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5, inc. XV, CF).

Sendo assim, ante o pleno reconhecimento da força normativa da Constituição, seria incompatível com o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional qualquer argumento no sentido de afastar a possibilidade de adjudicação de direitos sociais, os quais possuem dimensão subjetiva, conferindo aos cidadãos o direito de exigir do estado determinadas prestações materiais.

A propósito, a falta de dotação orçamentária específica não pode servir de obstáculo à realização do mínimo existencial inserida na cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana. Nessa senda, não há que se falar em violação à alegada reserva do possível com o objetivo de se exonerar do seu dever constitucionalmente previsto, cabendo ao Poder Judiciário, em situações excepcionais e mediante um juízo de proporcionalidade, determinar que a Administração Pública adote as medidas cabíveis para assegurar o direito à saúde.

Resta hialino que o fundamento da falta de recursos que não é argumento hábil para a negativa do acesso a tratamentos indispensáveis à manutenção da vida, pois essa providência violaria, a um só tempo, os princípios da proibição da proteção deficiente e do retrocesso social.

Assim, não podem os direitos sociais ficarem condicionados à boa vontade do administrador, sendo imperiosa a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas para a garantia, sem que isso viole o princípio da separação dos poderes.

Essa é a posição que coaduna o Supremo Tribunal Federal ao aduzir que “É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde”. (STF. 1ª Turma. ARE 947.823 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/6/2016).

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. MEDICAMENTO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). FORNECIMENTO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DO FÁRMACO. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. [...] 6. A intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, notadamente para garantir a prestação de direitos sociais, como a saúde, não viola o princípio da separação de poderes. 7. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no REsp 1.553.112/CE, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 10/3/2017).

Resta evidente, sob essa ótica, ser imprescindível ao Poder Judiciário, segundo um sistema de freios e contrapesos, realizar um controle jurisdicional das políticas públicas quando as opções do administrador público deixarem de atender as necessidades e os direitos sociais.

O princípio da separação dos poderes não pode, desse modo, servir de obstáculo à concretização dos direitos prestacionais, devendo o Judiciário atuar de forma mais incisiva, mediante um ativismo judicial, para satisfação dos direitos com vistas à garantia do seu núcleo duro e do mínimo existencial, em prol da dignidade da pessoa humana.

## 2.2. CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Apresentadas tais premissas, a Lei n. 8.080/1990 garantiu concretude ao Sistema Único de Saúde, estabelecendo o fornecimento de assistência integral, inclusive farmacêutica, à saúde. A respeito do tema, dispõe a legislação:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: (...) d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

No contexto do fornecimento de medicamentos do Sistema Único de Saúde, a Lei n. 12.401/2011, que alterou a Lei n. 8.080/90, passou a prever orientações para uma adequada assistência farmacêutica, de modo que a dispensação seja feita segundo protocolo clínico e diretrizes terapêuticas:

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em: I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

Art. 19-N. Para os efeitos do disposto no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições:

I - produtos de interesse para a saúde: órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos;

II - protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa

relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.

Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o caput deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo.

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.

Do mosaico legislativo acima exposto, depreende-se que, no âmbito do Sistema Único de Saúde, os medicamentos disponíveis para o tratamento de doenças ou de agravo à saúde são aqueles selecionados e padronizados na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

O procedimento para incorporação, exclusão ou alteração, pelo SUS, de novos medicamentos deve sempre atender às necessidades de saúde prioritária da população, competindo ao Ministério da Saúde a revisão e atualização periódica da lista.

Essa seleção dos medicamentos da RENAME deve servir de norte para as ações de assistência farmacêutica do Sistema Único de Saúde, sendo certo que o registro de medicamentos novos aprovados pela ANVISA é concedido desde que sejam comprovadas a qualidade, a eficácia e a segurança do medicamento.

Com efeito, para o fornecimento de medicamento padronizado pelo Sistema Único de Saúde, basta que haja a solicitação administrativa por parte do necessitado à Secretaria de Saúde Municipal ou Estadual, a depender do caso, não podendo ter seu direito negado a partir de critérios exclusivamente econômico.

Nada obstante, é cediço que a eficácia de um determinado medicamento pode ter respostas diversas conforme o organismo no qual seja ministrado. Assim, não se pode proferir um juízo de certeza sobre a potencialidade curativa de um fármaco, uma vez que a reação dos indivíduos aos medicamentos pode não apresentar similitude.

Além disso, apesar do elevado número de fármacos listados como essenciais, existem medicamentos que não constam na relação do Ministério da Saúde ou que, se padronizados, são indicados para tratamento de doenças diversas daquelas às quais afligem a parte.

Nesse cenário, o judiciário vem sendo instado a se manifestar a respeito da concessão de medicamentos não incorporados à lista do Sistema Único de Saúde, tendo o Superior Tribunal de Justiça proferido o seguinte entendimento:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LAUDO MÉDICO PARTICULAR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. 1. O Estado (as três esferas de Governo) tem o dever de assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, os direitos à dignidade humana, à vida e à saúde, conforme inteligência dos arts. 1º, 5º, caput, 6º, 196 e 198, I, da Constituição da República. 2. **O fato de o medicamento não integrar a lista básica do SUS não tem o condão de eximir os entes federados do dever imposto pela ordem constitucional, porquanto não se pode admitir que regras burocráticas, previstas em portarias ou normas de inferior hierarquia, prevaleçam sobre direitos fundamentais.** 3. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça, a escolha do fármaco ou do melhor tratamento compete ao médico habilitado e conhecedor do quadro clínico do paciente, podendo ser um profissional particular ou da rede pública, pois o que é imprescindível é a comprovação da necessidade médica e da hipossuficiência. 4. A peculiaridade do caso levou o Tribunal de origem a conceder

a segurança reclamada, em face do perigo de agravamento da saúde da paciente - acometida de grave crise psicótica, "com alucinação auditiva, delírio místico religioso e humor constricto" -, entendendo haver prova suficiente da necessidade do medicamento prescrito pelo seu médico particular, bem como a impossibilidade de troca de tal remédio por outro produto para "a preservação de sua integridade física e mental". 5. Diante do quadro delineado, a análise da suposta violação aos arts. 1º e 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/2009 demandaria o reexame de prova, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ. 6. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ. 1ª Turma. AgInt no AREsp 405.126/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 26/10/2016).

Para elucidar o julgado, há que se realizar, no entanto, a devida distinção entre os medicamentos novos e os medicamentos experimentais que não foram incorporados ao Sistema Único de Saúde. Conforme, Sarlet (2018, p. 682) o medicamento novo já é liberado para comercialização e devidamente testado no país de origem, ao passo que medicamentos experimentais são os que ainda se encontram em fase de testes e não liberados para venda.

Na hipótese de o medicamento ainda ser experimental, a Administração Pública deve zelar pela segurança e qualidade das ações e prestações de saúde, não sendo razoável que decisões judiciais determinem o custeio dessa espécie de tratamento, de eficácia duvidosa, associado a terapias alternativas. Situação semelhante refere-se aos fármacos disponibilizados pelo SUS, só que para patologia diferente da que o cidadão é portador. Da mesma forma, sendo atestada por médico credenciado no sistema a necessidade do uso daquele remédio para a doença do paciente, a autoridade pública não deve negar-se a fornecer, sob pena de comprometer a vida e a saúde do cidadão por motivos apenas de ordem burocrática. (GILMAR, 2015, p. 668)

Nessa baila, a partir da sobredita distinção, o Supremo Tribunal Federal solidificou o entendimento de que o medicamento novo, ainda que não tenha sido aprovado pela Anvisa ou inserido na lista pelas autoridades da área da saúde nacionais, poderá, em caráter excepcional ser concedido mediante ação judicial, vedada, todavia, a imposição do fornecimento de medicamento experimental, até



mesmo pelo fato de não haver certeza quanto à segurança para o próprio autor da demanda (SARLET, ano, p. 682)

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, estabeleceu as seguintes premissas sobre a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, ao apreciar o recurso especial nº 1657156/RJ (objeto do tema n. 106), *verbis*:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. [...] 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015. (STJ, REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. em 25/04/2018, DJe 04/05/2018).

Em termos gerais, o julgado estabeleceu as balizas para que a intervenção do Poder Judiciário na esfera das políticas públicas seja mínima e excepcional, a fim de que não haja uma concessão indiscriminada de medicamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde.

Isso porque, conquanto o direito à saúde seja universal, não se pode afirmar que possua natureza absoluta, sob pena de se violar o princípio da isonomia, privilegiando a ideia de micro-justiça ao invés da macro-justiça. Por isso, há que se averiguar no caso concreto, conforme as circunstâncias, a proporcionalidade da medida pleiteada para que a concessão ao tratamento específico de saúde não se traduza em privilégio ou inobservância de critérios técnicos para padronização, mas sim na aplicação eficaz do direito à saúde.

Assim, é possível o fornecimento dos medicamentos não incorporados caso preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste a paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) comprovação da incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito e; c) Existência do registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA.

No que tange ao primeiro requisito, o Conselho Nacional de Justiça, na I Jornada de Direito da Saúde, aprovou o enunciado 15, devendo a parte atentar para que o laudo médico contenha o medicamento indicado, com "a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI); o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância; posologia; modo de administração; e período de tempo do tratamento; e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica".

Logo, esse documento clínico, elaborado por profissional capacitado que assiste o paciente, deve comprovar que o medicamento prescrito fora da lista de fármacos incorporados ao SUS é fundamental para a manutenção de sua saúde, além de que inexistente outra opção na rede pública de tratamento eficaz para a enfermidade. Destarte, caso não seja comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde (Enunciado 14, I, Jornada de Direito da Saúde do CNJ).

Cumpra esclarecer, nesse ponto, que não é necessário que o laudo médico esteja assinado por médico vinculado ao SUS, pois "não há no ordenamento, jurídico brasileiro qualquer exigência que condicione o fornecimento de medicamento à prescrição exclusivamente por médico da rede pública. (...)" (STJ. AgInt no REsp 1.309.793/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 07/04/2017).

Caberá, pois, ao magistrado, segundo a análise das provas colacionadas, averiguar a plausibilidade para o deferimento do pleito, sendo que “o laudo médico apresentado pela parte não vincula o julgador, isto é, cabe ao juiz avaliar o laudo e verificar se as informações constantes nele são suficientes para a formação de seu convencimento quanto à imprescindibilidade do medicamento” (STJ. 1ª Seção. EDcl no REsp 1.657.156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018 (recurso repetitivo)).

Em relação ao segundo requisito, compete ao requerente comprovar sua “incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito”. Consiste esse requerimento na comprovação da hipossuficiência econômica de quem pleiteia o medicamento, de modo que o dispêndio financeiro com a aquisição do fármaco acarrete um comprometimento de sua subsistência ou de sua família.

Consoante o julgado paradigmático da Corte Cidadã, afeto ao tema 106, “não se exige, pois, comprovação de pobreza ou miserabilidade, mas, tão somente, a demonstração da incapacidade de arcar com os custos referentes à aquisição do medicamento prescrito” (STJ. 1ª Seção. EDcl no REsp 1657156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018).

Por esse motivo, não é possível que se fixe, *a priori*, um valor determinado para a configuração do agente hipossuficiente, sendo necessário balizar a renda do requerente e o valor do medicamento conforme o caso concreto.

Por fim, por ocasião do julgamento dos aclaratórios interpostos ao acórdão objurgado, fixou-se a tese de que o fornecimento demanda a “existência de registro na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência”

Essa exigência observa a prescrição legal contida no artigo 19-T, I e II da Lei n. 8.080/1990:

Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

O registro do fármaco na ANVISA configura uma proteção à saúde pública, de modo a atestar a eficácia, a segurança e a qualidade dos medicamentos comercializados no país, bem como o controle dos preços cobrados.

Por essa razão, a exigência do registro e o uso do medicamento segundo as especificações aprovadas pela agência reguladora buscam proteger o usuário do serviço de saúde, proibindo-se o pagamento, ressarcimento e reembolso pelo Sistema Único de Saúde quando utilizado em desacordo com as determinações legais e regulamentares.

Por fim, vale ressaltar que, ainda que a utilização de medicamentos experimentais sem eficácia comprovada não seja admitida, a ANVISA permite, em caráter excepcional, a utilização de medicamentos *off-label*, ou seja, aqueles cuja indicação não esteja prescrita na bula, mas que podem vir a ser empregados no tratamento de outras doenças.

Ocorre que, após o referido julgado do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal analisou a possibilidade de fornecimento de fármacos ainda não registrados na ANVISA.

Conforme exposto alhures, como regra, o Estado não pode ser compelido a fornecer medicamentos que não estejam registrados na ANVISA.

Nada obstante, havendo mora irrazoável da autarquia para apreciar o registro do medicamento, poderá haver sua concessão sem registro sanitário caso já tenha sido solicitado à ANVISA, na hipótese de o produto já ter sido registrado em renomada agência regulatória no exterior e com base na inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Preenchidos esses requisitos cumulativos, não há óbice para a determinação judicial de dispensação do medicamento não registrado no Brasil, dada a impossibilidade de apenar o paciente com a mora administrativa.

Pelo exposto, com o julgado da Corte Superior, o último requisito estabelecido pela Corte Cidadã deverá sofrer uma releitura, acrescentando a seguinte exceção:

iii) “existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência”, podendo, excepcionalmente, haver a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:

- a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);
- b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e
- c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. STF. Plenário. RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019 (repercussão geral) (Info 941).

Com o escopo de eliminar a excessiva judicialização da matéria, sopesando os finitos recursos e a infinidade de demandas, presentes os aludidos requisitos, compete ao Poder Judiciário determinar ao Poder Público o fornecimento do medicamento não incorporado nas listas oficiais de assistência do Sistema Único de Saúde, garantindo-se o direito social à saúde, intrinsecamente relacionado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A relevância atribuída ao direito à saúde pela Constituição Federal consagra a obrigação de o Estado prestar um serviço público de forma universal e integral, sem subordinação a juízos de conveniência e oportunidade do Administrador Público, a fim de que se possa garantir o direito público subjetivo de todo cidadão ao mínimo existencial.

O desequilíbrio entre a obrigação estatal prevista na Lei Maior e a efetivação do direito fundamental à saúde tem acarretado a judicialização de demandas para o controle das políticas públicas, já que as escolhas alocativas, pautadas por critérios de macrojustiça, constantemente prejudicam o interesse das minorias.

Nesse cenário, o fornecimento de medicamentos não incorporados à lista oficial do Sistema Único de Saúde não pode ser considerado uma violação ao princípio da isonomia, mas sim a garantia da dignidade da pessoa humana mediante observância ao princípio da proporcionalidade, pois cediço que os cidadãos não podem ser padronizados em protocolos prévios de enfermidades.

Admitindo o fornecimento de medicamentos não incorporados na lista do Sistema Único de Saúde, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento repetitivo, fixou como requisito para o deferimento dos fármacos a comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o

paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS. Além disso, aduziu que compete também ao requerente a comprovação da incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito e a existência do registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Analisando a temática em baila, o Supremo Tribunal Federal acrescentou que, excepcionalmente, poderá haver a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido e este já houver sido requerido; haver registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior e inexistir substituto terapêutico com registro no Brasil.

Delineados os requisitos para a concessão, é papel do Poder Judiciário, nos casos em que demandado, exercer a consolidação dos direitos fundamentais diante da inércia e desídia do Poder Público.

#### **4. REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

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

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016

LOPES, Antônio Dionísio. **Controvérsias constitucionais atuais**. Porto Alegre: Do Advogado, 2014.



MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de Direito da Saúde**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Resumo de direito constitucional descomplicado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo W. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; Mendes, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; \_\_\_\_\_ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

## **DA (DES)PROPORCIONALIDADE DOS REQUISITOS DO ART. 318 DO CPP PARA A SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR**

**ANA PAULA SOUSA GUIMARÃES:**

Acadêmica do Curso de Direito do  
Centro Universitário Santo Agostinho  
- UNIFSA.

**ANALYNE SOUSA DE OLIVEIRA** <sup>[1]</sup>

(coautora)

Me. JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL <sup>[2]</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo mostrar a importância da aplicação de medidas alternativas para a substituição da prisão cautelar sem que o princípio da proporcionalidade seja violado. Para tanto, foram realizadas comparações dos critérios objetivos estabelecidos no código de processo penal e na lei de execução penal, bem como a realização de análises dos requisitos para a substituição da prisão preventiva por domiciliar. Partindo deste ponto, conforme a metodologia utilizada do tipo pesquisa qualitativa descritiva e bibliográfica foi possível chegar à conclusão de que esse instituto é pouco aplicado na prática pelo fato de se ter a ideia de que a prisão domiciliar é um benefício ao preso, porém deve-se levar em consideração a limitação no direito de liberdade, mesmo que em regime domiciliar. Ressaltasse que outro fator abordado é a aplicação das medidas cautelares no processo penal, como por exemplo a concessão da prisão domiciliar para presos que se encontram no regime semiaberto e aberto e todos os requisitos para que seja realizada essa substituição sem se deparar com imensa desproporcionalidade da aplicação desses institutos.

**Palavras-chave:** Prisão cautelar, prisão domiciliar, medidas cautelares, prisão domiciliar, substitutiva da preventiva.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Da Instrumentalidade Constitucional. 3 A Evolução Das Penas E O Surgimento Das Prisões Domiciliares E Cautelares. 3.1 Evolução Das Penas. 3.2 Surgimento Da Prisão Domiciliar. 3.3 Prisão Cautelar. 3.4 Prisão Domiciliar De Natureza Cautelar. 4 Medidas Cautelares No Processo Penal E O Princípio da Proporcionalidade. 4.1 Prisão Domiciliar Em Fase De Execução Penal. 4.2 Princípio Da Proporcionalidade E Sua Aplicação Na Esfera Penal. 4.3 Da Adequação. 4.4 Da Necessidade. 4.5 Da Proporcionalidade Em Sentido Estrito. 5 Substituição Da Prisão Preventiva Por Prisão Domiciliar. 5.1 Domiciliar Substitutiva LEP X CPP. 5.2 Os

Requisitos Para Substituição E Sua (Des)Proporcionalidade. 6 Conclusão. 7 Referências

## 1 INTRODUÇÃO

Diante dos fatos apresentados pela mídia de práticas delitivas, é comum a sociedade criar um juízo de valor negativo sobre aquela conduta, desencadeando o desejo de vingança, a fim de retribuir ao ofensor o mal causado, sem que a este seja dada alguma possibilidade de defesa, aplicando-se como pena a privação de um dos maiores bens jurídicos, a liberdade.

E mesmo que o sujeito tenha incorrido em condutas reprovativas, ainda assim lhe é conferido, dentro de normas legais, direitos e garantias fundamentais para a aplicação de uma pena justa, à luz do princípio do devido processo legal e do princípio da proporcionalidade, com o intuito de trazer para a sociedade uma visão da disparidade dos mecanismos utilizados no processo penal.

O foco deste artigo limitar-se-á na análise dos requisitos da prisão domiciliar prevista na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) e a Lei de prisão domiciliar prevista no Código de Processo Penal.

Ressalta-se ainda que a prisão domiciliar presente no Código de Processo Penal é aplicada para presos que estão sendo submetidos à medida cautelar, e gozam do status de inocente, enquanto a Lei de Execução Penal, no que tange a prisão domiciliar, trata de conversão de prisão para presos que já foram sentenciados e que já possuem trânsito em julgado. Apesar de terem a mesma nomenclatura, esses institutos não se confundem, pois o artigo 117, da lei nº 7.210/84 (LEP), trata da prisão domiciliar em sede de execução penal, concedida a presos que se encontram no regime semiaberto e aberto, ao passo que o artigo 318 do Código de Processo Penal, disciplina a prisão domiciliar enquanto medida cautelar substitutiva da prisão preventiva.

Deve-se deixar claro que a doutrina tem classificado a prisão domiciliar do Código de Processo Penal em autônoma e substitutiva da prisão preventiva. A autônoma seria a prisão domiciliar aplicada enquanto medida cautelar, quando as cautelares alternativas forem inadequadas ou insuficientes ou quando não existirem requisitos para uma prisão preventiva. Já a domiciliar substitutiva deve ser aplicada quando couber a prisão preventiva cautelar, porém por preencher alguns requisitos o preso tem o direito de ter a conversão para a prisão domiciliar, baseado no princípio da humanidade, e é a esta última que o artigo se limitará.

Conforme a metodologia utilizada do tipo pesquisa qualitativa descritiva e bibliográfica realizada em livros, periódicos, juntamente com as legislações aqui explanadas, será abordado neste artigo desde o surgimento das penas e das prisões cautelares, até como estas funcionam na atualidade.

Em uma análise sobre os critérios da prisão domiciliar previstos no artigo 318 do CPP com os da prisão domiciliar do artigo 117 da LEP, foi possível se deparar com uma desproporcionalidade na lógica sistemática da aplicação desses institutos, que não foram levadas em conta pelo legislador e nem tampouco tem sido objeto de análise para uma reforma legislativa, e que na prática tem sido meio de consecução de injustiças sociais.

E é nesse prisma que se desenvolve a problemática desta pesquisa pela necessidade em comparar essas normas legais sob o ponto de vista Constitucional, abrigado pelo princípio da proporcionalidade, visando uma perquirição do tema estudado, a fim de despertar um sentimento crítico quanto à aplicação da lei, e transcender o entendimento de que a atribuição do julgador é somente impor a pena à luz da letra fria da lei, mas também de corrigir as distorções apresentadas por ela, dentro dos limites da discricionariedade que lhe é permitida e dentro das regras do jogo, para que a justiça cumpra o seu papel de maneira efetiva.

## **2. DA INSTRUMENTALIDADE CONSTITUCIONAL**

Antes de adentrar nas modalidades das medidas, se faz importante falar sobre a instrumentalidade Constitucional do processo penal, pra mostrar que o processo penal não é instrumento de segurança pública e sim de proteção do indivíduo.

Ainda predomina no Brasil e no estrangeiro[3] a equivocada concepção de processo como relação jurídica, na esteira da doutrina de Bülow. Ocorre que, o *sensu comum teórico* ainda não se deu conta de que essa concepção de processo parte de uma equivocada noção de igualdade e segurança[4].

Com razão adverte Lopes Jr (2012, p. 101), “foi GOLDSCHMIDT que evidenciou o caráter dinâmico do processo, ao transformar a certeza própria do direito material na incerteza característica da atividade processual”.

A partir de Beck (2011) é inegável que vivemos numa sociedade de risco, onde os riscos estão em tudo e em todos os lugares, evidenciando que estamos inseridos num Estado Insegurança.

Logo, por óbvio, que o processo penal não está fora desse contexto, ao contrário, também está inserido na mais completa epistemologia da incerteza, já que a sentença judicial nunca pode ser prevista com segurança, coexistindo em igualdade de condições a possibilidade de serem prolatadas no processo sentenças justas e injustas (LOPES JR, 2012).

Para Calamandrei (1999, p. 223) "O êxito depende, por conseguinte, da interferência destas psicologias individuais e da força de convicção com que as razões feitas pelo demandante consigam fazer suscitar ressonâncias e simpatias na consciência do julgador".

No entanto, adverte Lopes Jr (2012, p.109) que "o árbitro (juiz) não é livre para dar razão a quem lhe dê vontade, pois se encontra atrelado à pequena história retratada pela prova contida nos autos". Preleciona ainda o citado autor que, o juiz "está obrigado a dar razão àquele que melhor consiga, através da utilização de meios técnicos apropriados, convencê-lo. Por conseguinte, as habilidades técnicas são cruciais para fazer valer o direito, considerando sempre o risco inerente à atividade processual" (LOPES JR, 2012, p. 109).

Dessa maneira, destaca Calamandrei (1999, p. 224): "Afortunada coincidência é a que se verifica quando entre dois litigantes o mais justo seja também o mais habilidoso", sendo que para ele o processo "vem a ser nada mais que um jogo no qual há que vencer".

Em assim sendo, a concepção que melhor retrata essa realidade do processo, que está inserido na epistemologia da incerteza, por evidente, é aquela que foi construída por Goldschmidt (1935), ou seja, a que conceitua o processo enquanto situação jurídica, retratando assim a insegurança processual, o seu estado de guerra e a sua dinamicidade, ao contrário da concepção de processo como relação jurídica, que está ancorada num equivocado juízo de estática. Assim, o processo penal nada mais é do que uma guerra[5], aonde alguém há de vencer. E, vencerá, por óbvio, aquele que melhor aproveitar as chances processuais[6], conseguindo, através da produção das provas[7], a captura psíquica do juiz[8].

Por conseguinte, se o processo penal é uma guerra, um jogo, que não deve ter por missão a busca desenfreada do mito "verdade real", já que a verdade no processo penal não é achada, mas sim construída analogicamente através dos rastros da passividade (KHALED JR, 2013), mister se faz compreendê-lo pelo viés da sua instrumentalidade constitucional.

Por conseguinte, necessário se faz, no âmbito do processo penal, uma revolução hermenêutica, com a quebra dos paradigmas autoritários de uma ordem

legal (CPP) anacrônica, policialesca, fascista, punitivista, fomentadora da violência estatal e de nítida base ditatorial.

Na atual quadra da história, mister se faz uma nova ordem processual penal, constitucional e internacionalmente comprometida com a proteção da dignidade da pessoa humana.

Portanto, é inegável a necessidade de rompimento desses entraves, na direção da construção de um processo penal constitucional e humanitário, que necessariamente passa pela análise de conformidade das regras do Código de Processo Penal com o Pacto de São José da Costa Rica, dentro daquilo que se chama de controle de convencionalidade, até porque hierarquicamente o CPP, enquanto lei ordinária, está baixo da CADH, que segundo o STF possui o status de norma supralegal.

Necessário se faz romper com verdades e certezas “absolutas” no processo penal, que não mais se coadunam com os regramentos constitucionais e internacionais de direitos humanos.

Assim, imperioso se torna assumir que o processo penal é um jogo e que não tem por objeto a busca da verdade, pois ela não está lá para ser encontrada, já que o crime é um fato histórico, passado e, portanto, imaginário.

Dessa forma, inegável que o processo penal democrático tem por finalidade assegurar o respeito do fair play processual, das regras do jogo democrático, ou seja, o processo penal é um instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias, previstos na Constituição Federal e no Pacto de São José da Costa Rica.

### **3 A EVOLUÇÃO DAS PENAS E O SURGIMENTO DAS PRISÕES DOMICILIARES E CAUTELARES**

#### **3.1 Evolução das penas**

Desde os primórdios, para que se pudesse viver em sociedade, foi preciso que houvesse uma intervenção para a concretização do controle social. Dessa necessidade surgiram as penas empregadas àqueles que praticavam condutas infratoras, opostas aos valores morais da sociedade, sendo eles verdadeiros espetáculos punitivos, aplicados ao corpo, de cunho cruel e desproporcional, apenas para satisfazer o desejo vingança, e contudo o medo da punição, ao desobedecer uma norma, fazia com que todos seguissem o padrão consoante aos valores do grupo social.



A religião, por sua vez, nessa época, manteve um forte domínio sobre a sociedade, exercido sob a crença de uma inviolável justiça delegada pelas autoridades sobrenaturais, que mediavam a vontade divina, determinando as penas a serem aplicadas, constituindo um verdadeiro jogo de sorte ou azar, cabendo aos sacerdotes julgarem o infrator segundo à vontade divina, devendo reconquistar o perdão dos deuses, fazendo provas da seguinte forma: “se a pessoa andasse sobre o fogo e não tivesse queimaduras, seria inocente, caso contrário, seria culpada.” (CALDEIRA, 2009, p. 262).

Com o surgimento de uma sociedade mais organizada politicamente falando, cria-se a ideia de líderes ou assembleias. Nesse momento a pena perde seu caráter sacral, para ser uma sanção da vontade de alguma autoridade pública, que tem por finalidade resguardar o interesse geral da comunidade. Já não se tratava de aplicação de castigo divino, mas de uma faculdade de uma autoridade soberana, mas que, todavia, sugestionava uma maior segurança, pois as penas não eram mais aplicadas de forma velada, variante a vontade sobrenatural, mas sim pelo estado.

Conforme Prado (2010) na Idade Média, o Direito Canônico possuía grande influência na legislação penal, introduzido no mundo as primeiras noções de privação de liberdade como forma de punição, aplicando tanto aos religiosos quanto aos cidadãos em geral, que cometiam algum pecado, a privação da liberdade, para que fossem punidos e meditassem sobre o seu pecado para alcançarem o arrependimento, surgindo daí a nomenclatura “penitenciária”.

Findando a idade média, logo no começo do século XIX, surge a fase da humanização da pena, caracterizada por uma punibilidade menos cruel, com menos sofrimento. Nesta fase, tem-se o início da noção de proporcionalidade na aplicação penal, teoria desenvolvida por Beccaria (2012), que segundo ele:

Se fosse possível aplicar um cálculo matemático à obscura e infinita combinação de ações humanas, haveria uma escala correspondente de penas, da maior para a menor; mas, não sendo possível, basta ao legislador sábio indicar os pontos principais, sem perturbar a ordem, não decretando a delitos de primeiro grau penas de ultimo. (BECCARIA, 2012, p. 23-24).

A prisão, ou o cárcere do indivíduo, surge com o escopo de ressocialização, a partir de uma sanção proporcional ao delito cometido, para afastar as práticas delitivas e realizar o que é necessário para deter um determinado crime (BARATTA, 2017). Essa ideologia, de se atribuir a ressocialização do criminoso à pena de prisão,

se espalhou extraordinariamente no mundo, contudo, até hoje, verifica-se o efetivo fracasso desse sistema.

Conforme Daher Jr. (2015) o homem é um ser social e desde o início da história se reconhece a necessidade de agrupamento para facilitar a vida e garantir a sobrevivência. Dessa convivência, com a existência de interesses convergentes em um mesmo grupo social, surgem os conflitos. Nessa linha o Direito Penal surge para prevenir que as infrações aconteçam, estabelecendo as condutas proibidas que lesam ou ameaçam valores protegidos pelo ordenamento jurídico.

De acordo com Gomes (2017) a evolução da pena acompanha a evolução do direito de punir. Inicialmente para defender seus princípios e interesses, as pessoas praticavam a autotutela, instituto que permitia a realização de vinganças coletivas. As punições eram aplicadas de próprio punho com penas de caráter desumano e cruéis, totalmente desproporcionais às infrações cometidas.

Diante de inúmeras atrocidades e com a mudança dos paradigmas sociais onde inicia-se a transição da valorização dos direitos fundamentais do homem, o Estado suprimiu as ações privadas, estabelecendo normas na aplicação de penas (SILVA, 2013).

O Estado avocou para si a tutela dos valores sociais sendo legitimado para agir em nome do ofendido e que, diante de uma conduta reprovada pela sociedade e proibida pelo direito penal, aplique uma pena, sendo necessária a existência de um devido processo legal, já que ele é despido de coerção direta. Sendo assim, o Estado se legitima sob o argumento da supremacia do interesse público em detrimento do interesse individual o que, de certo modo, transparece a submissão da sociedade a um ente superior com poderes supremos (VIEGAS, 2001). Desse modo, o processo penal vem no sentido de limitar a atuação do poder Estatal, sendo ele um instrumento para a aplicação da pena.

Há várias teorias que tentam explicar a natureza jurídica do processo, e dentre elas duas se destacam por sua maior contribuição no desenvolvimento desse fenômeno: a do entendimento do processo como relação jurídica, defendida por Büllow (2020), e a teoria do processo como situação jurídica, apresentada por Goldschmidt apud Lopes Jr. (2020).

Acertadamente Lopes Jr. *apud* Büllow (2020) conseguiu distinguir o direito material do direito processual, reconhecendo-o como uma relação jurídica, como explica Lopes Jr. (2020):

Com Bülow, a concepção muda radicalmente, sendo o processo visto uma relação jurídica de natureza pública que se estabelece entre as partes e o juiz, dando origem a uma reciprocidade de direitos e obrigações processuais. A natureza pública decorre do fato de que existe um vínculo entre as partes e um órgão público da administração da justiça, numa atividade essencialmente pública. Nessa linha, o processo é concebido como uma relação jurídica de direito público, autônoma e independente da relação jurídica de direito material.

(LOPES JR, P.48, 2020).

Conforme citação realizada por Lopes Jr. (2020) Bülow possui de fato uma grande contribuição teórica na esfera do direito, por ter inaugurado a era do processualismo científico, explicando o processo a partir de categorias de Direito Público, distinguindo com clareza o procedimento do processo e seu caráter tridimensional (sujeito ativo - juiz – sujeito passivo), além do contraditório, que permanece sendo uma premissa do processo contemporâneo.

Porém, essa teoria não se adequa aos moldes do processo penal e foi James Goldschmitd quem demonstrou o erro na visão estática, enquanto relação jurídica, pois no processo penal não há distribuição de cargas probatórias, ficando tudo a cargo da acusação. (LOPES JR. 2020).

Para Lopes Jr *apud* Goldschmitd (2020), o processo possui um caráter dinâmico, onde, na mesma linha de pensamento, segue o autor supracitado:

O processo é uma complexa situação jurídica, no qual a sucessão de atos vai gerando chances, que bem aproveitadas permitem que a parte se libere das cargas (por exemplo, probatórias) e caminhe em direção a uma sentença favorável (expectativas). O não aproveitamento de uma chance e a não liberação de uma carga, gera uma situação processual desvantajosa, conduzindo a uma perspectiva de sentença desfavorável. (LOPES JR *APUD* GOLDSCHMITD, p. 49, 2020).

Segundo Lopes Jr. *apud* Goldschmidt (2020), o processo é uma situação jurídica, onde assemelha-se a um estado de guerra e que está envolto a uma nuvem de incerteza, onde as partes assumem os riscos, aproveitando ou não as chances de liberação de carga, respeitando as regras do jogo e quem melhor souber aproveitar,

caminhará para uma sentença mais favorável, evidenciando assim a epistemologia da incerteza no processo penal.

Nesses moldes, é evidente a construção de um processo penal como instrumento de garantia e respeito aos seus fundamentos de existência, o que ainda se perfaz para aprimoramento da eficácia dos direitos e garantias, assegurados na nossa Carta Magna e nos Tratados de Direitos Humanos, no qual o Brasil é signatário.

### **3.2 Surgimento da Prisão Domiciliar**

Com a entrada em vigor do regime aberto no ordenamento jurídico, a prisão domiciliar surge com a finalidade de combater a problemática das más condições ou falta de estruturas para o cumprimento pena nesse regime, tendo em vista que não houve um preparo no território nacional para dar efetividade a ele.

No início, a prisão domiciliar era regida pelo código penal em seu artigo 43, inciso III, reconhecida como uma pena restritiva de direitos. Em 1998, foi revogado pela lei nº 9.714, porém a lei nº 9.605, lei de crimes ambientais, trouxe novamente em seu artigo 8º o como pena restritiva de direito. (NUNES, 2012).

Esse recolhimento domiciliar tratado no código penal e na lei de crimes ambientais, é diferente da prisão domiciliar, pois no código penal refere-se à uma pena restritiva de direitos, em que o indivíduo está efetivamente solto, e que em certos horários deve se recolher em casa por ordem judicial, e na lei de crimes ambientais trata de medida cautelar diversa da prisão sede de cumprimento de pena em regime aberto. O benefício de prisão domiciliar somente aparece em 1994 como medida cautelar, com a lei nº 8.906/1994, o estatuto da advocacia e da OAB, em seu artigo 7º, inciso V, como um dos direitos do advogado, quando não houvesse uma sala de estado maior no lugar onde estivesse sendo preso. (LOBO, 2017).

No entanto, aos condenados em prisões comuns, o instituto foi trazido pela lei de execução penal, lei 7.210/84, e no campo processual, pela lei 12.403/2011, que trouxe as medidas cautelares diversas da prisão preventiva, não restringindo a uma classe profissional, mas enquadrando todas as pessoas que preencham os requisitos legais. Hoje o artigo 317 do código de processo penal traz o conceito de prisão domiciliar: "A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial". (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 2011).

### **3.3 Prisão Cautelar**

A prisão cautelar é decretada visando assegurar a investigação ou a eficácia do processo, onde se analisa não a culpabilidade do agente, mas a sua periculosidade, devendo estar presente, no caso, o *fumus commissi delicti*, e o *periculum libertatis*, que consiste no perigo à ordem pública, econômica, processual ou aplica-se para assegurar a efetividade da lei penal.

Para que seja concedida, devem estar presentes alguns requisitos objetivos, quais sejam: Pena superior a 4 anos; Reincidente e/ou em violência doméstica e que as medidas alternativas não se mostrem suficientes; Por falta de identificação do indiciado.

De acordo com Andrade (2017) a prisão cautelar/processual possibilita ao Estado restringir a liberdade do acusado pela prática do injusto penal antes do término do processo criminal. Trata-se de uma espécie de medida cautelar de caráter pessoal, que visa à restrição da liberdade do imputado a fim de resguardar a investigação e o processo em face aos imprevistos causados pelo decurso do processo, garantindo, assim, a eficácia da sentença definitiva.

No Brasil, a prisão é uma exceção, devendo ser aplicada somente em casos previstos legalmente, de forma taxativa, já que o nosso Código Penal, embora utilitarista, tem como princípio jurídico de ordem constitucional a presunção de inocência. A prisão cautelar é uma exceção à exceção, onde a pessoa será privada de sua liberdade sem que tenha tido uma sentença condenatória contra ela mas que, diante do caso, torna-se indispensável para resguardar a ordem pública e a efetividade do processo penal.

Para sua adoção é imprescindível a presença de dois pressupostos: o *periculum in mora* e *fumus boni juris*. O primeiro requisito consiste na verificação da existência de risco para o objeto tutelado, cujo exame das questões fáticas confirmam o perigo de lesão. A segunda condição para a sua decretação é a plausibilidade do direito substancial, ou seja, a probabilidade de êxito na demanda penal. A falta dos pressupostos delineados inviabiliza a decretação da prisão cautelar, tornando-a ilegal. (ANDRADE, 2017).

### **3.4 Prisão Domiciliar de Natureza Cautelar**

Prevista nos artigos 317 e 318, do Código de Processo Penal (Lei nº 3.689/41), a prisão domiciliar de natureza cautelar substitui o cumprimento da medida de prisão preventiva, não sendo uma modalidade autônoma de medida cautelar, podendo inclusive ser impetradas cumulativamente.

Nesse momento o preso ainda goza do status de inocente, mas como já dito anteriormente, no caso concreto, a prisão é necessária para efetivar a ordem pública, econômica, processual ou até mesmo a aplicabilidade da lei penal. (COPPETI, 2017).

Deve-se deixar claro que a doutrina tem classificado a prisão domiciliar do Código de Processo Penal em autônoma e substitutiva da prisão preventiva.

A autônoma seria a prisão domiciliar aplicada enquanto medida cautelar, quando as cautelares alternativas forem inadequadas ou insuficientes ou quando não existirem requisitos para uma prisão preventiva. Já a domiciliar substitutiva deve ser aplicada quando couber a prisão preventiva cautelar, porém por preencher alguns requisitos o preso tem o direito de ter a conversão para a prisão domiciliar, baseado no princípio da humanidade, e é a esta última que nos limitaremos.

## **4 MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

### **4.1 Prisão Domiciliar em Fase de Execução Penal**

Conforme Lopes Jr. (2020) diferente da prisão domiciliar de natureza cautelar, substitutiva da preventiva, a domiciliar trata-se de medida substitutiva da prisão pena, ou seja, não são considerados mais inocentes, pois possuem sentença condenatória já transitado em julgado e cumprem pena no regime aberto ou semiaberto, como já entende a jurisprudência, e poderão solicitar a substituição pela prisão domiciliar ao se enquadrar em algum requisito do artigo 117 da Lei nº 7.210/84, lei de execução penal.

Ao fazer uma análise sobre os critérios da prisão domiciliar previstos no artigo 318 do CPP com os da prisão domiciliar do artigo 117 da LEP, foi possível perceber tamanha desproporcionalidade na lógica sistemática da aplicação desses institutos, e é nesse prisma que se desenvolve a comparação das normas legais sob o ponto de vista constitucional, abrigado pelo princípio da proporcionalidade.

Sendo assim, faz-se importante mencionar os artigos acima citados, a saber:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).



III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Enquanto que, para o art. 117 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), dispõe:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

Visto isso, é cristalino perceber a disparidade entre as normas, onde a lei mais nova, Lei de Execuções Penais, traz um rol bem mais inclusivo e justo sobre a matéria, e entende-se que este deve ser utilizado.

#### **4.2 Princípio Da Proporcionalidade E Sua Aplicação Na Esfera Penal**

O princípio da proporcionalidade é o pilar de todo o ordenamento jurídico para que se concretize a justiça almejada, embora não seja expressamente previsto na Carta Magna, pode ser extraído dos diversos dispositivos da Constituição de 1988, como no art.5º, XLVI que prevê a individualização da pena, e no art.5º, XLVII que enumera diversas penas proibidas de serem aplicadas, entre outros. (BRASIL, 1988).

O princípio da proporcionalidade conforme Gomes (2002) desempenha importante função dentro do sistema penal, uma vez que orienta a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que

possuem *dignidade penal*, bem como fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas. Além disso, estabelece limites à atividade do legislador penal e, também, do intérprete, posto que estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos.

De acordo com Gomes (2003) no âmbito do direito penal, a noção de que deve existir uma medida de proporcionalidade no estabelecimento dos delitos e das penas não é recente, uma vez que já constituiu de forma significativa o conteúdo da lei do talião, conforme o autor menciona:

Assim, a lei do talião, que traduz seu conteúdo através da expressão “olho por olho, dente por dente” pode ser considerada a primeira resposta encontrada para se estabelecer a qualidade da pena a ser imposta a cada conduta delitiva, tendo estado presente em todos os ordenamentos jurídicos arcaicos, desde o Código de Hamurabi, a Bíblia e a Lei das XII Tábuas. (FERRAJOLI, *APUD* GOMES, p. 41, 2003).

Para que haja tipificação de uma conduta na esfera penal, é necessário que esta viole significativamente um bem jurídico de grande relevância social. Desta feita, será analisada a valoração de determinado bem jurídico pela sociedade, devendo este ser tutelado pelo direito penal, e quando for lesionado aplicar-se-á uma sanção à altura da gravidade cometida.

Deste modo, haverá uma graduação na aplicabilidade das penas, pois, quanto mais relevante for o bem jurídico, maior será a sanção aplicada para aquele que lesionar esse bem. O princípio da proporcionalidade é composto pela adequação dos meios, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, e sem estes será impossível medir a proporcionalidade de uma norma.

Consignado Rabelo (2009) o princípio da proporcionalidade pode ser facilmente deduzido a partir da previsão de proteção de direitos fundamentais amparados pela Constituição de 1988, tais como a declaração da liberdade como um valor superior do ordenamento jurídico, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, a igualdade que proíbe o legislador ordinário de discriminações arbitrárias, a proibição da aplicação de penas cruéis e desumanas, dentre outros.

### **4.3 Da Adequação**

A adequação está relacionada aos meios escolhidos para se atingir o fim almejado, ou seja, o meio deve ser justo para a realização do fim, não devendo este

ser justificado pelos meios empregados. Conforme Canotilho, trata-se de controlar a relação de adequação medida-fim.

Segundo Ávila (2003), o legislador deve analisar a adequação no plano abstrato, quando se tratar de ato jurídico geral, para que essa análise sirva como parâmetro na delimitação para a elaboração das normas.

A adequação também serve como parâmetro para o aplicador da lei, já que a norma escolhida só será considerada adequada quando o meio for idôneo para se alcançar os fins perseguidos, pois do contrário, será desproporcional. Logo, a adequação da norma deverá ser analisada caso a caso, em um plano concreto individual, observando qual o bem jurídico que a norma visa tutelar, para que se possa verificar se ela estará efetivamente alcançando o fim para o qual foi criada, e desta forma aferir se houve uma proporcionalidade na aplicação dela.

Côngruo à Aguiar (2016) no âmbito de análise segundo a máxima da adequação, é possível constatar que não serão idôneos para a proteção de determinado bem jurídico os atos legislativos criadores de tipos de perigo abstrato que incriminem meras infrações administrativas, as quais não têm aptidão para produzir, sequer potencialmente, qualquer perigo em concreto para o bem jurídico em questão.

Portanto, é possível concluir que a adequação se refere à correspondência entre meio e finalidade, ou seja, exige-se que o meio empregado para atingir os objetivos sejam adequados para a persecução destes.

#### **4.4 Da Necessidade**

O subprincípio da necessidade deve promover o fim almejado sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados, analisando a existência de meios alternativos àquele inicialmente adotado. (ÁVILA, 2003).

Dessa forma a necessidade será examinada a partir da análise da adequação dos meios, verificando se são aptos para promoverem o fim almejado e os meios alternativos, avaliando o menos restritivo que afetará os direitos fundamentais.

Com isso, afirma-se que o meio necessário será aquele menos gravoso aos direitos fundamentais afetados (ÁVILA, 2003). Contudo, a norma penal só será necessária quando o meio for o menos gravoso para a realização do fim almejado, pois se houverem outros meios menos lesivos, que possam se chegar ao mesmo fim, ela será adequada, porém não a necessária, tornando-se assim improporcional.

#### 4.5 Da Proporcionalidade Em Sentido Estrito

Após a verificação do meio adequado e necessário na aplicação da norma para a consecução de um fim, em um terceiro plano, deve-se aferir se ela também será proporcional *strictu sensu*, ou seja, pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Em 1971 que a Corte Alemã Ocidental empregou a tríplice manifestação do mandamento da proporcionalidade, através do tão citado BVerfGE 30, 316. Na ocasião assentou-se que:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental (BVERFGE 30, 316 APUD WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *ENSAIOS DE TEORIA CONSTITUCIONAL*, P. 75, 1971).

Embora o meio seja adequado e necessário, não será proporcional em sentido estrito se ele ferir direitos e garantias elencadas na Constituição Federal, trazendo mais desvantagens do que benefícios.

### 5 SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR

#### 5.1 Domiciliar substitutiva: LEP x CPP

Ao comparar os critérios da prisão domiciliar previstos no artigo 318 do CPP com os critérios da prisão domiciliar do artigo 117 da LEP, nos é possível observar a enorme desproporcionalidade na lógica sistemática da aplicação desses institutos, que embora tenham nomenclaturas parecidas, ocorrem em momentos distintos. Nos termos do CPP, a prisão domiciliar substitutiva da preventiva poderá ser concedida para maiores de 80 anos, para extremamente debilitados por motivos de doença grave, para aquele que seja imprescritível aos cuidados especiais de menores de 6 anos de idade ou pessoa com deficiência, para gestantes, mulheres com filho de até 12 anos de idade incompletos, e por fim, para o homem que seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos. (BRASIL, 1941)

No âmbito da Lei de Execução Penal, no artigo 117, para que se possa substituir a prisão pena por domiciliar, se faz necessário os seguintes

requisitos: condenado maior de 70 (setenta) anos, condenado acometido de doença grave, condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental, condenada gestante. (BRASIL, 1984).

É válido ressaltar que a substituição trazida no CPP é uma prisão de natureza cautelar, ou seja, a pessoa ainda não recebeu sentença definitiva, e por vezes ainda está sendo julgada ou aguardando julgamento e essa pessoa pode ser inclusive considerada inocente. Sendo assim, a substituição da LEP conforme visto, é aplicada aos condenados com trânsito em julgado, e estes conseguem ter mais proporcionalidade do que os que ainda não foram julgados e estão sem sentença e é a partir desse entendimento, serão tecidas as considerações a respeito da proporcionalidade, quando confrontado esses critérios.

## **5.2 Os requisitos para substituição e sua (des)proporcionalidade**

Tanto no inciso I do artigo 318 do CPP, quanto no do artigo 117 da LEP, apresentam a idade como critério para se conseguir a conversão da medida e da pena, respectivamente. No entanto, verifica-se que para ser possível a conversão da prisão preventiva, enquanto medida cautelar, é necessário que o preso tenha a idade de 80 anos, enquanto em sede de cumprimento de sentença essa idade cai para 70 anos. Não é preciso fazer muito esforço para constatar que os parâmetros exigidos destoam de uma lógica sistemática, pois o critério cronológico estabelecido para o eventual inocente é mais severo do que se exige para o condenado, sem que haja uma explicação plausível para isso.

Adiante foi analisado o inciso II, onde no artigo 318 do CPP prevê como requisito que a pessoa deva estar extremamente debilitada por motivo de doença grave, no entanto, o artigo 117 da LEP apenas aduz que o condenado deva estar acometido de doença grave. Rangel (2007) faz crítica quanto à necessidade de se chegar ao extremo com a saúde do indivíduo, que em um caso concreto, um senhor com 78 anos e com diabetes não teria direito à prisão domiciliar, devendo aguardar o agravamento de sua debilitação.

Nos termos do inciso III não se faz distinção de sexo, tanto no artigo 318 do CPP quanto o 117 da LEP, podendo assim ser concedida a prisão domiciliar tanto a homens quanto a mulheres, porém deverá ser demonstrada a relação de dependência direta e imediata para o cuidado de pessoas menores de 6 anos ou deficientes. O que foi levantado em questionamento foi sobre o critério de idade estabelecido no referido inciso, pois no artigo 318 do CPP o menor seria de até 6 anos de idade, enquanto no artigo 117 da LEP não traz especificação de idade mas somente a nomenclatura de filho menor.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) considera-se criança até os 12 anos de idade incompletos, contudo a Organização Mundial de Saúde (OMS) estabeleceu como limite cronológico até os 10 anos.

Conforme Moraes e Smanio (2006) explicam que:

A lei presume que a existência de longo tratamento ou, ainda, o fato de o rigor do cumprimento da pena agravar a situação do sentenciado, colocando sua vida em risco, possibilitam o cumprimento da pena em sua própria residência. (MORAIS *APUD* SMANIO, p. 191, 2006).

O texto do inciso III do artigo 117 da LEP somente traz como requisito que a condenada, seja mulher, tenha filho menor ou com deficiência física ou mental, deixando em aberto o critério quanto à idade, o que permite a interpretação da possibilidade de que qualquer mulher, condenada, que possuir filho menor de 18 anos ou maior que tenha doença física ou mental, poderá ter a concessão da domiciliar.

Para Rojo (2017) tais hipóteses, assim como as primeiras, imprimem grande clareza quanto ao motivo pelo qual é concedido o benefício domiciliar, eis que, nessa realidade, os cuidados para com aqueles que dependem (ou dependerão) daquele que têm sua liberdade limitada é que são resguardados.

No que tange ao requisito gestacional, ora se verifica acertada tanto no CPP como na LEP, porém nem sempre foi assim. Antes da lei nº 13.257, de 2016, conforme o inciso IV do artigo 318 CPP, a gestante só se enquadraria no critério de substituição para a domiciliar, a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez, totalmente desproporcional quando comparado com a lei de execução penal que simplesmente se referia à gestante. (MARCÃO, 2017).

Os dois últimos incisos a serem analisados são do artigo 318 do CPP, o V e o IV, que tratam da possibilidade da conversão em domiciliar quando a mulher possuir filho de até 12 anos de idade incompletos e/ou homem, caso seja o único responsável por esse filho. De mal grado, admite-se que no caso da mulher, poderá ser contemplada com a medida mesmo morando longe, sem convivência com os filhos, ou pior, que tenha sido destituída do poder familiar, em contrapartida, o pai mesmo que participe ativamente na formação psicossocial do menor de 12 anos, só receberá o benefício se for o único responsável.

No que se refere ao conceito e aplicação do princípio da proporcionalidade na esfera direito penal brasileiro, leva-se em consideração todo o ordenamento jurídico,



a fim de que se desenvolva em consonância com todo o sistema. Sobre isso, Ishida (2009) ensina:

Aquele que prevê que, ao estipular a pena do referido tipo, o legislador deve se atentar à gravidade do crime. Assim, a pena par ao homicídio doloso deve ser mais elevado que para o homicídio culposo, por que o primeiro fato é mais grave que o segundo. Na cominação da pena, o legislador segue a proporcionalidade. (ISHIDA, p. 29, 2009).

Destarte, verifica-se um distanciamento do princípio da proporcionalidade nos requisitos de substituição da prisão preventiva cautelar e da prisão em regime aberto ou semiaberto, visto que há um maior rigor os critérios estabelecidos para os indivíduos que eventualmente são considerados inocentes do que os que já receberam uma sentença condenatória.

Conforme Aguiar (2016) o princípio da proporcionalidade funciona como limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação das normas penais, mas também à própria atividade legislativa de criação/conformação dos tipos legais incriminadores, o que possibilita o exercício da fiscalização, por parte da Jurisdição Constitucional, da constitucionalidade das leis em material penal.

Desta forma, é possível perceber que o legislador errou ao aplicar critérios mais gravosos àquele que encontra-se em prisão cautelar e não teve seu julgamento do que ao que já tem sua sentença.

À luz do princípio da proporcionalidade, é relevante a análise quanto a incongruência relativa à concessão do instituto nesses dois momentos, a fim de corrigir as anormalidades perpetradas pelo legislador e para que se possa dar condições justas ao apenado, garantindo a este, pelo menos, que respeitem as regras do jogo.

## **6 CONCLUSÃO**

Os requisitos previstos na Lei de Execução Penal e no Código de Processo Penal tratados no presente estudo, em uma visão geral, viabiliza uma forma mais ampla quanto a aplicação da prisão domiciliar na sua forma substitutiva. Dessa forma, verifica-se que para a possível conversão, os critérios exigidos para o preso preventivo são muito mais severos que para o preso condenado.

A prisão, conforme o entendimento de muitos doutrinadores é a privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente

ou em caso de flagrante delito. É a maior ou menor limitação no direito de ir e vir do ser humano quando comete um ilícito penal, devendo ser utilizada como a *ultima ratio* do sistema.

No Brasil, a prisão é uma exceção, devendo ser aplicada somente em casos previstos legalmente, de forma taxativa, já que Código Penal (Lei nº 2848/40), embora sendo um Código utilitarista, tem como princípio jurídico de ordem Constitucional a presunção de inocência. Diante desse prisma, surgem as penas alternativas, como meio de efetivar as garantias estabelecidas em todo o sistema normativo, que também é defendida por Cesari Beccaria, pois a seu ver deveria guardar proporcionalidade entre o delito cometido pelo indivíduo e a sanção imposta e sua humanização.

Em suma, ao se decretar uma prisão preventiva de natureza cautelar, não é possível deixar de analisar que está sendo encarcerada uma pessoa que não foi condenada, o que é visto por maioria da doutrina como uma medida drástica e uma injustiça necessária, diferente do condenado, pois este já encontra-se em sede de cumprimento de sentença, o que ressalta o problema trazido ao decorrer da pesquisa.

Deste modo, diante de tanta desproporcionalidade na aplicação das normas penais, a conversão denotada solidifica tamanha desigualdade e, como consequência disso, tem-se que o princípio da proporcionalidade efetive a justiça almejada, limitando assim a atuação do Estado. Portanto, a grande questão do tema é a necessidade de uma análise mais aprofundada do juiz quanto à adequação da pena, para que o preso preventivo não seja “prejudicado” de forma superior ao preso condenado.

Logo, há que se flexibilizar a supracitada substituição, tendo em vista a desproporção entre os dispositivos discorridos, sem, desprezar os princípios que norteiam a prática deste alteração, resguardando assim as garantias e direitos fundamentais, pilares do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR. Leonardo. **Princípio da proporcionalidade em matéria Penal**. Disponível em: <https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/333125116/principio-da-proporcionalidade-em-materia-penal>. Acesso em 14 de Maio de 2020.

ANDRADE. Guilherme Souza. **Análise dos pressupostos da prisão preventiva á luz da Constituição Federal**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/analise-dos-requisitos-e->

pressupostos-da-prisao-preventiva-a-luz-da-constituicao-federal/. Acesso em 12 de Abril de 2020.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001. p. 81.

BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 outubro de 2019.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 20 de outubro de 2019.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 20 de abril de 2020.

CALAMANDREI, Pietro. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena**. Revista da EMRJ, v. 12, n. 45, p. 255-272, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 262.

COPPETI, Maria Eduarda. **Prisão Preventiva e o Princípio da presunção de inocência**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10217/Prisao-preventiva-e-o-principio-da-presuncao-de-inocencia>. Acesso em 18 de Maio de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em 20 out 2019.

DAHER. JR. **O humano é ser social.** Disponível em: <https://www.dm.jor.br/opiniaio/2015/04/o-humano-e-um-ser-social/>. Acesso em 14 de Maio de 2020.

GOMES, Magno Frederici; TRINDADE, Hugo Vidal. A Compatibilidade entre a Presunção de Inocência e a Prisão Preventiva. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v.9, n.53.dez-jan.2003.

GUERRA. Filho. Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 2ed.2004.

LOBO. Guilherme. Prisão domiciliar cautelar deve ser deduzida a cálculo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-07/guilherme-marchioni-domiciliar-cautelar-deduzida-pena>. Acesso em 11 de Abril de 2020.

HULSMAN, Louck & BERNAT DE CELIS. J. **Sistema Penal Y seguridad ciudadana: hacia una alternative**. Barcelona, Ariel, 1984.

ISHIDA, Valter Kenji. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 29.

KHALED JR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo, Editora Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. **Ordem e progresso: a invenção do Brasil e a gênese do autoritarismo nosso de cada dia**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

MORAES, Alexandre de.; SMANIO, Gianpaolo Poggio Smanio. **Legislação Penal Especial**. Série Fundamentos Jurídicos. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso De Execução Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PRADO, Geraldo L. M. **Opinião pública e processo penal**. In: PRADO, Geraldo L.M;

RABELO. Grazielle. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-principio-da-proporcionalidade-no-direito-penal/>. Acesso em 10 de Abril de 2020.

ROJO. Adelle. **Prisão domiciliar; rol taxativo?** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55788/prisao-domiciliar-rol-taxativo/2>. Acesso em 13 de Maio de 2020.

SILVA. Luzia Gomes. **Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34507/a-evolucao-dos-direitos-humanos>. Acesso em 12 de Abril de 2020.

SILVA, César Dario Mariano. **A relatividade das provas ilícitas e processualmente ilegítimas. Conjur - Consultor Jurídico**, 2008. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-nov-29/proibicao\\_prova\\_ilegal\\_nao\\_absoluta?pagina=4](https://www.conjur.com.br/2008-nov-29/proibicao_prova_ilegal_nao_absoluta?pagina=4). Acesso em: 20 out 2019.

#### NOTAS:

[1] Analyne Sousa de Oliveira, Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail*: [analyne.oliveira71@gmail.com](mailto:analyne.oliveira71@gmail.com).

[2] Juliano de Oliveira Leonel, Mestre em Direito pela UCB, pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela UFPI, professor de graduação do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail*: [julianoleonel@hotmail.com](mailto:julianoleonel@hotmail.com).

[3]De acordo com Lopes Jr (2012, p. 100): "A teoria do processo como relação jurídica recebeu críticas, tanto na sua aplicação para o processo civil como também para o processo penal, mas, em que pese sua insuficiência e inadequação, acabou sendo adotada pela maior parte da doutrina processualista".

[4]Adverte Lopes Jr (2012, p. 100) que "A noção de processo como relação jurídica, estruturada na obra de BÜLOW, foi fundante de equivocadas noções de segurança e igualdade que brotaram da chamada relação de direitos e deveres estabelecidos entre as partes e entre as partes e o juiz. O erro foi o de crer que no processo penal houvesse uma efetiva relação jurídica, com um autêntico processo de partes".

[5]Para Lopes Jr (2012, p. 102) "Essa dinâmica do estado de guerra é a melhor explicação para o fenômeno do processo, que deixa de lado a estática e a segurança (controle) da relação jurídica para inserir-se na mais completa epistemologia da incerteza".

[6] Segundo Lopes Jr (2012, p. 102) "O processo é uma complexa situação jurídica, na qual a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam as chances, que, bem aproveitadas, permitem que a parte se liberte de cargas (probatórias) e caminhe em direção favorável. Não aproveitando as chances, não há

a liberação de cargas, surgindo a perspectiva de uma sentença desfavorável. O processo, enquanto situação – em movimento –, dá origem a expectativas, perspectivas, chances, cargas e liberação de cargas. Do aproveitamento ou não dessas chances, surgem ônus e bônus”.

[7]“As provas são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva)” (LOPES JR, 2012, p. 537).

[8]Esclarece Lopes Jr (2012, p. 538) que “o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença”.



## DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO EMPREGADO ACIDENTADO

**GLAUCIANE CARVALHO DE SOUZA:**

Graduação no Curso de Direito. Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

Artigo Científico apresentado no Curso de Direito da Universidade Brasil, Campus Fernandópolis, como complementação dos créditos necessários para obtenção de título de Bacharel em Direito. Orientadora Prof<sup>ª</sup>. Me. **Janaína Guimarães Mansilia** e Coorientadora Prof<sup>ª</sup> Me. **Márcia Kazume Pereira Sato**.

**RESUMO:** O presente artigo discorre pela análise da proteção e garantia dos direitos laborais do empregado vítima de acidente de trabalho. A metodologia utilizada foi a análise bibliográfica das principais doutrinas, legislação e artigos científicos interligados ao tema. Atualmente, mesmo diante de toda evolução percebe-se ainda uma grande escala desfavorável ao trabalhador vitimado do infortúnio acidente no trabalho. Este artigo também aborda as doenças desencadeadas em virtude da atividade laborativa que também são as maiores dificuldades enfrentadas pelo trabalhador, uma vez que a possível doença demora para se manifestar trazendo assim perdas irreparáveis ao profissional, cabendo assim proteção do Estado. E, por fim, aborda as hipóteses de permanência da estabilidade como uma garantia do trabalhador, a partir dos limites protetivos concedidos pela Constituição Federal e Consolidação das Leis do Trabalho, no que tange aos direitos sociais.

**Palavras-chave:** Acidente de Trabalho; Empregado; Estabilidade provisória.

**ABSTRACT:** This article discusses the analysis of the protection and guarantee of the labor rights of employees who are victims of accidents at work. The methodology used was the bibliographic analysis of the main doctrines, legislation and scientific articles linked to the theme. Nowadays, even in the face of all the developments, a large scale still unfavorable to the worker victimized by the unfortunate accident at work. This article also discusses the diseases triggered by virtue of work activity, which are also the greatest difficulties faced by the worker, since the possible disease takes time to manifest itself, thus bringing irreparable losses to the professional, thus providing the State with protection. And, finally, it addresses the hypotheses of permanence of stability as a guarantee of the worker, from the protective limits granted by the Federal Constitution and Consolidation of Labor Laws, with respect to social rights.

**Keywords:** Work accident; Employee; Provisional stability.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO DE ESTABILIDADE. 2.1 Estabilidade definitiva e estabilidade provisória. 2.2 Diferença estabilidade empregado CLT e funcionário público. 2.2.1 Empregado CLT. 2.2.2 Estabilidade funcionário público. 3 PRINCIPAIS ESPÉCIES DE ESTABILIDADE PROVISÓRIA. 3.1 Do dirigente sindical. 3.2 Dos representantes dos empregados na CIPA. 3.3 Da gestante. 3.4 Dos diretores de sociedades cooperativas. 3.5 Dos membros da comissão de conciliação previa. 3.6 Do menor aprendiz. 3.7 Do portador de AIDS. 3.8 Dos membros da comissão de representantes dos empregados. 4 DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO FUNCIONÁRIO ACIDENTADO. 4.1 Espécies de acidente de trabalho. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito do trabalho é regido por princípios peculiares, dentre os quais o princípio da continuidade da relação de emprego.

A razão deste princípio visa a proteção do vínculo empregatício, ou seja, segurança jurídica do trabalhador no sentido da manutenção no emprego. O mais comum entre as empresas é dispensar o trabalhador assim que recebe a alta médica, para assim se livrar de possíveis custos. Desta forma, o funcionário acidentado, fica desprovido de assistência, sendo excluído do mercado de trabalho, ainda mais se tal acidente agrega sequelas definitivas à saúde do trabalhador.

Entretanto sabe-se que é dever constitucional do empregador, garantir um meio ambiente de trabalho seguro, higiênico e saudável para seus funcionários. Surge então o dever das empresas de preservarem a saúde de seus trabalhadores, sabendo que tudo que esteja ligado a sadia qualidade de vida, insere-se no conceito de meio ambiente.

Muitos empregadores não aderem a um programa de prevenção de acidentes no trabalho, e nem dispõem de equipamentos de segurança, deixando-os assim expostos a sofrerem possíveis acidentes, além disso, se ocultam em oferecer suporte necessário as vítimas, uma vez que são responsáveis por tal acontecimento dentro de suas empresas. Tendo em vista todo este descaso, a lei garante ao empregado acidentado o direito de permanência provisório no emprego, a fim de amparar e promover sua recuperação.

A metodologia utilizada foi a análise bibliográfica das principais doutrinas, legislação e artigos científicos interligados ao tema. O presente artigo tem o objetivo abordar de forma detalhada o direito da estabilidade do trabalhador acidentado de

permanecer no emprego, uma vez que o acidente tenha corrido no ambiente de trabalho. Serão apresentados os conceitos de estabilidade acidentária em todos os âmbitos, tanto de estabilidade definitiva como provisória, especificando os diferentes tipos de contratos de trabalho para assim mostrar de forma clara e específica através de estudos e descrição de leis, que o empregado acidentado tem o direito de ser assistido pela empresa na qual sofreu o dano seja ele de magnitude parcial ou definitiva, para que assim possa retomar sua vida social e profissional, tendo em vista que uma vez que o trabalhador esteja com sua saúde física ferida, dificilmente será oportunizada sua correta realocação no mercado de trabalho.

## 2 CONCEITO DE ESTABILIDADE

Estabilidade no emprego é uma garantia jurídica concedida ao empregado em razão de uma circunstância, de modo a garantir a continuidade do vínculo empregatício mesmo contra a vontade do empregador.

Volia Bomfim Cassar (2011), traz entendimento a respeito da estabilidade.

Entende que o conceito de estabilidade refere-se a delimitação ou atenuação o direito potestativo que tem o empregador, bem como o direito do trabalhador em continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que não tenha o empregado praticado alguma falta grave ou que não tenha ocorrido por motivo de força maior. (CASSAR, Vólia Bonfim 2011, pp. 1177-1214).

Neste sentido, pode-se dizer que a estabilidade é a proteção jurídica que o empregado tem para manter-se no emprego, não podendo ser dispensado arbitrariamente, salvo nas condições previstas em lei que motive sua dispensa.

### 2.1 Estabilidade definitiva e estabilidade provisória

A estabilidade no emprego subdivide-se em estabilidade definitiva e estabilidade provisória.

O ordenamento jurídico surgiu inicialmente com a estabilidade definitiva a chamada de *estabilidade decenal*, é aquela que produz efeitos absoluto em todo período no emprego. A estabilidade decenal consistia em uma garantia de emprego concedida aos empregados após completarem 10 (dez) anos de serviço para o mesmo empregador, sendo que o empregado não poderia ser dispensado sem justa causa permanecendo tal garantia de forma definitiva até que se aposentasse

ou morresse. A Lei 5.107/66 instituiu o regime do FGTS como uma opção ao sistema de estabilidade decenal assegurado pela CLT.

Os dois regimes estabilidade decenal e regime de FGTS coexistiram até o advento da Constituição Federal de 1988. Após Constituição de 1988, houve extinção definitiva da estabilidade no emprego obtida após 10 (dez) anos de serviço para o mesmo empregador, tornando-se, portanto, obrigatório o regime de FGTS para os empregados urbanos e rurais conforme art. 7º, III CF/88. Dessa forma remanesceu o direito apenas para os empregados que se tornaram estáveis de forma definitiva antes do advento da Carta Magna de 1988.

Com a revogação da estabilidade decenal adveio a estabilidade provisória, trazendo proteção a alguns empregados em condições especiais previstas em nosso ordenamento jurídico, contra a dispensa imotivada e sem justa causa, durante o período estabilitário.

Amauri Mascaro Nascimento (2007), conceitua amplamente:

Estabilidade especial ou provisória é aquela que protege o empregado contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa, enquanto persistir uma situação em que se encontra e que veda a rescisão do contrato de trabalho por ato do empregador. Este só poderá despedir o empregado havendo justa causa. Terminada a situação em que se achava o empregado, geradora da proteção, cessa a garantia, cabendo a dispensa mesmo imotivada, antes proibida. Amauri Mascaro (NASCIMENTO, 2007, p. 587).

Estabilidade provisória é a segurança jurídica, concedida a certos empregados, em razão de condição excepcional em relação ao emprego, não podendo ser dispensado sem um justo motivo ou de forma arbitrária, por um determinado período.

## 2.2 Diferença estabilidade empregado CLT e funcionário público

### 2.2.1 Empregado CLT

Os empregados celetistas são amparados pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Ao contrário dos funcionários do setor público, a estabilidade no setor privado é provisória, ou seja, tem um período determinado para vigorar. No entanto, o

funcionário que praticar atos que causem demissão por justa causa perdem imediatamente o direito à estabilidade, essa dispensa caracteriza-se como pena disciplinar; aliás, é a mais grave de todas as penas que o ordenamento jurídico autoriza que sejam aplicadas ao empregado pelo empregador em razão da prática de alguma falta grave. As figuras de justa causa estão previstas no art. 482 da CLT.

O legislador adotou um sistema de indicação taxativa das justas causas, assim somente podem ser consideradas justas causas os atos que taxativamente previstos em lei.

### 2.2.2 Estabilidade funcionário público

A estabilidade é um direito constitucional do servidor público que lhe garante a permanência no serviço público. O funcionário público tem seu cargo obtido por meio concurso público e se cumprir todos os requisitos para o cargo em questão, tem a garantia de permanência no trabalho.

A estabilidade conferida aos servidores públicos está prevista nos termos do art. 41 da CRFB/88: "São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público".

Tal entendimento também sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho:

Súmula nº 390 do TST I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJsn<sup>os</sup> 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000).

Portanto, o servidor público possui direito estabilidade definitiva, garantia adquirida constitucionalmente, não podendo sofrer dispensa imotivada. Caso o funcionário cometer falta grave caberá processo administrativo o que poderá motivar a dispensa.

## 3. PRINCIPAIS ESPÉCIES DE ESTABILIDADE PROVISÓRIA

### 3.1 Do dirigente sindical

Previsto na Carta Magna em seu artigo 8º, VIII, o dirigente sindical goza de estabilidade provisória a partir da sua candidatura.

A estabilidade provisória segue o seguinte conceito: "[...] este só poderá despedir o empregado havendo justa causa. Terminada a situação em que se achava

o empregado, geradora da proteção, cessa a garantia, cabendo a dispensa mesmo imotivada, antes proibida (NASCIMENTO, 2007)".

A estabilidade trouxe proteção a alguns empregados em condições especiais previstas em nossa legislação. Como mencionado a cima, o dirigente sindical, adquire a estabilidade no ato do registro da candidatura às eleições sindicais, esta garantia tem como fundamento interesse coletivo, por essa razão não poderá ser impedido do exercício de suas funções e nem transferido para lugar que dificulte ou torne impossível o desempenho.

Neste sentido a dispensa somente poderá ocorrer por falta grave, mediante inquérito judicial, nos termos do art. 494 da CLT (Súmula 379, TST).

DIRIGENTE SINDICAL. DESPEDIDA. FALTA GRAVE. INQUÉRITO JUDICIAL. NECESSIDADE (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 114 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

O dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração em inquérito judicial, inteligência dos arts. 494 e 543, §3º, da CLT. (ex-OJ nº 114 da SBDI-1 - inserida em 20.11.1997).

Importante destacar, não sendo reconhecida pela Justiça do Trabalho a prática de justa causa ao empregado, será determinado a reintegração com pagamento dos salários e direitos do período em que ficou suspenso de suas atribuições. Reconhecida a justa causa o contrato de trabalho será rescindido desde da data da suspensão.

### **3.2 Dos representantes dos empregados na CIPA**

A garantia constitucional da estabilidade aos representantes dos empregados na Comissão Interna de Prevenção de Acidente (CIPA) é assegurado apenas aos representantes dos empregados na CIPA previsto no Art. 164 § 2º da CLT.

O mandato dos membros eleitos na CIPA terá a duração de 1 (um) ano, permitida uma reeleição conforme dispositivo art. 164 § 3º da CLT.

A razão desta estabilidade está no fato que os representantes dos empregados têm o dever de zelar por condições de trabalho seguras no ambiente de trabalho, objetivando a prevenção de acidentes e/ou doenças ocupacionais do



trabalho. Por esse motivo o legislador conferiu direitos estabilitários aos representantes dos empregados no exercício do mandato.

Nos termos do art. 10 II, do Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), é vedada a dispensa imotivada ou sem justa causa do empregado eleito para o cargo da CIPA, a partir do registro de sua candidatura, até um ano após o término do mandato.

Em sua obra de Direito do Trabalho, Pedro Paulo Teixeira (2006) relata:

[...] Aos empregados que representam seus colegas na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), por meio do art. 165 da CLT, os quais só poderiam ser despedidos por razões disciplinares, técnicas ou de caráter econômico-financeiro. Em caso de processo judicial o empregador deveria comprovar efetivamente um de tais motivos, como alegado, sob pena de reintegração do empregado [...]. Pedro Paulo Teixeira (MANUS, 2006, p. 184).

Neste sentido, a dispensa sem justa causa do empregado cipeiro antes do término do seu mandato implica na sua reintegração ou quando não possível no pagamento de indenização correspondente ao período estável.

Salientando, é admitida a renúncia do empregado desde que seja manifestada expressamente sua intenção de deixar o cargo, importante que haja a homologação do pedido pelo sindicato dos trabalhadores.

### **3.3 Da gestante**

Uma das medidas de proteção à gestante é a estabilidade no emprego a que tem direito por força nos arts. 391 e 392 da CLT.

Estabelece a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

Art. 391 - Não constitui justo motivo para rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez. Parágrafo único. Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou gravidez. Art. 392 - A empregada gestante tem direito a

licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego ou do salário.

Outro artigo que embasa o assunto é o art. 10, inciso II, letra b, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que segundo o saudoso Mandalozzo (1996) aprofunda o referido artigo: “[...] verdadeira estabilidade provisória à gestante desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto”.

Neste sentido, observa-se que a gestante goza de direito estável desde da confirmação da gravidez, o direito é de caráter irrenunciável, pois segundo nosso ordenamento jurídico a proteção é em favor ao terceiro, ou seja, ao feto não podendo a grávida renunciar o direito garantido constitucionalmente.

### 3.4 Dos diretores de sociedades cooperativas

A Lei nº 5.764, de 1971, que instituiu o regime jurídico das sociedades cooperativas no Brasil.

Neste sentido no art. 55 da referida lei confere estabilidade no emprego.

Art. 55 - Os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas, gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais regida pelo art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452, de 1º.05.1943).

A estabilidade dos diretores de sociedades cooperativas inicia-se com o registro da candidatura, estendendo –se até um ano após o término do mandato. Na hipótese de falta grave aplicar-se-á apuração de inquérito judicial.

### 3.5 Dos membros da comissão de conciliação prévia

Criada pela lei 9.958/2000 e expandidas nos arts. 625-A a 625-H da CLT, a comissão de conciliação prévia tem por finalidade buscar conciliação, harmonia de conflitos dentro do ambiente de trabalho.

A composição é paritária tanto para representantes dos empregados como dos empregadores. A comissão pode ser constituída no âmbito dos sindicatos ou no âmbito das empresas art. 625-A, da CLT. A Comissão no âmbito da empresa será composta de, no mínimo, dois e no máximo dez membros, sendo que a metade será indicada pelo empregador e outra metade será eleita pelos empregados e observará as normas previstas no artigo 625-B da CLT. Por outro lado a Comissão no âmbito

do sindicato terá sua constituição e normas de funcionamento definidas em convenção ou acordo coletivo.

Ao que tange a estabilidade provisória, a garantia é somente para os representantes dos empregados, titulares e suplentes que gozaram de 1 (um) ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei.

Embora a lei não determine uma forma expressa para o início da estabilidade, analisemos o entendimento do saudoso Amauri Mascaro:

*[...] Por interpretação analógica à hipótese dos dirigentes sindicais - conquanto os membros, em questão, necessariamente não o sejam -, a estabilidade deve iniciar-se com o registro da candidatura à eleição, perante os seus organizadores. Amauri Mascaro (NASCIMENTO, 2001, p.589).*

Neste sentido, o entendimento majoritário da doutrina aplicado analogicamente com base no art. 543 § 3º, da CLT, ou seja, a estabilidade inicia-se com o registro da candidatura.

### 3.6 Do menor aprendiz

Regido pela CLT, Constituição Federal e também pelo recente decreto nº 9.579/2018 o menor aprendiz goza de todos os direitos que regem o direito do trabalho.

O contrato de trabalho do menor aprendiz difere dos contratos de trabalho em geral, o presente artigo deixa claro que o contrato de aprendizagem é especial, devendo ser escrito e firmado por prazo determinado.

Art. 45, Decreto 9.579/2018 - Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado não superior a dois anos, em que o empregador se compromete a assegurar ao aprendiz, inscrito em programa de \_aprendizagem, formação técnico-profissional metódica compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz se compromete a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação.

A duração do contrato não poderá ser superior a 2 (dois) anos, excerto quando se tratar de aprendiz portador de deficiência, conforme art 428, § 3º da CLT.

Em caso do não cumprimento dos objetivos o contrato do aprendiz poderá ser extinto antes do prazo, a CLT apresenta três possibilidades para extinção do contrato antecipado.

Art. 433 CLT - O contrato de aprendizagem extinguir-se-á no seu termo ou quando o aprendiz completar 24 (vinte e quatro) anos, ressalvada a hipótese prevista no § 5º do art. 428 desta Consolidação, ou ainda antecipadamente nas seguintes hipóteses:

I - Desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz, salvo para o aprendiz com deficiência quando desprovido de recursos de acessibilidade, de tecnologias assistivas e de apoio necessário ao desempenho de suas atividades;

II - Falta disciplinar grave;

III - ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo;

IV - A pedido do aprendiz.

Portanto, a extinção do contrato do aprendiz, só poderá ocorrer nas hipóteses do art. 433 da CLT. O aprendiz é portador de estabilidade provisória não podendo ser dispensado arbitrariamente pelo empregador, salvo em circunstâncias legais previstas em nosso ordenamento jurídico que motive a dispensa.

### 3.7 Do portador de AIDS

AIDS Síndrome de Imunodeficiência é considerada a doença mais cruel no último século, além dos problemas apresentados da própria doença, portador do vírus enfrenta um grande desafio, vencer o preconceito principalmente no ambiente de trabalho.

A Lei nº 9.029, de 1995, estipula regras antidiscriminatória em caso de demissão arbitrária do portador do vírus HIV. A conduta discriminatória é gravemente censurada pela ordem jurídica, e especialmente pela Carta Magna, pois feriu os direitos constitucionais, os quais podem ser observados em seu art. 6º da CF/1988, traz que, são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer.

A Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, editada em 2012, conferia a efetividade aos princípios e regras constitucionais e legais que tratam do combate à

discriminação nas relações de trabalho, estipula: Súmula 443 TST - Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença que suscite estigma ou preconceito. Invalidez o ato, o empregado tem direito a reintegração no emprego.

Neste sentido, analisando-se os princípios constitucionais, observa-se que na dispensa imotivada arbitrariamente do empregado portador vírus HIV ou outras doenças consideradas graves, faz jus à reintegração no emprego.

### 3.8 Dos membros da comissão de representantes dos empregados

Com a reforma trabalhista a Lei nº 13.467/2017 incluiu-se os artigos 510-A a 510-D na CLT. A reforma trouxe novos artigos os quais assegura que as empresas com mais de 200 (duzentos) empregados, será estabelecido a eleição de comissão para representa-los.

Regido também na Constituição Federal de 1988, prevê regras para representação dos empregados a luz do seu **art. 11 diz que "As empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores"**.

A referida lei tem por finalidade facilitar e promover o diálogo direto com os empregados a fim de prevenir conflitos relacionado ao trabalho, visando e assegurando à aplicação das normas legais no ambiente de trabalho. O mandato é de um ano, não podendo o funcionário que já houver exercido a função de representante dos empregados na comissão, ser candidato nos dois próximos anos.

A estabilidade inicia-se a partir do registro candidatura até um ano após o fim do mandato, durante o período estável o obreiro não poderá sofrer dispensa arbitrária, salvo se fundar em motivos disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Por outro lado, diante da dispensa não arbitrária, caso se tenha a demanda judicial, em que se discute o motivo da dispensa, caberá ao empregador provar a tese da motivação.

## 4 DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO FUNCIONÁRIO ACIDENTADO

O acidente de trabalho é uma ocorrência fortuita derivada de uma ação direta ou indiretamente no exercício de atividades laborativas, ocasionando lesão

corporal ou transtorno funcional podendo levar o trabalhador à morte ou a perda temporária ou permanente das atividades laborais.

Regido pela lei 8.213/1991, o art. 19 *caput* traz o conceito amplo sobre acidente do trabalho típico ou tipo, todavia, este conceito também é utilizado genericamente para as demais espécies de acidente para efeitos equiparação.

Art. 19 - Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

#### 4.1 Espécies de acidente de trabalho

De acordo com legislação vigente há três espécies de acidente de trabalho:

- **Acidente de trabalho típico:** É aquele que ocorre dentro da empresa durante expediente de trabalho, verificado pelo nexos causal conforme dispositivo Art. 19 da lei 8.213/1991;
- **Acidente de trabalho atípico:** são aqueles ocorridos dentro ou fora da empresa, motivado em razão do ambiente de trabalho e das atividades laborativas. Observa-se os acidentes atípicos nos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.213/91, quais são: a) Doença profissional; b) Doença do trabalho; c) Acidente que não tenha sido a única causa, porém contribuiu diretamente para a morte ou perda da capacidade laborativa; d) Ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por colega de trabalho ou terceiro; e) Imprudência, negligência ou imperícia de colega de trabalho ou terceiro; f) Ato de pessoa privada do uso da razão; desabamento, inundação, incêndio e outras fatalidades; contaminação acidental durante o trabalho; g) Acidente sofrido na execução de ordem ou realização de serviço fora do horário e local de trabalho; h) Viagem a mando da empresa, inclusive para estudo e capacitação quando financiada pelo empregador; i) Acidente durante os períodos destinados a alimentação e descanso.
- **Acidente de trajeto:** previsto também nos artigos. 20 e 21 da lei nº 8.213/91, o acidente de trajeto é aquele que ocorre do local de trabalho entre a residência do empregado ou vice e versa, a caracterização independe da locomoção, podendo ser veículo da empresa ou do empregado. A



ocorrência pode ser tanto no início e final de expediente como também em horário de almoço.

Para a lei, o acidente de trabalho é equiparado com doenças ocupacionais que tem por amparo legal previsto na lei 8.213, o qual equipara acidente de trabalho com doença ocupacional. Por outro lado, a doença ocupacional pode-se dizer que é aquelas desencadeadas pelo exercício de um trabalho de uma determinada atividade as quais podem ser observadas como LER/DORT:

LER (Lesões por Esforços Repetitivos) é diagnosticada como doença, na qual desencadeada por movimentos repetitivos, e em posição ergonômica incorreta, podem causar lesões de estruturas do sistema tendíneo, muscular e ligamentar. Em 1998 o INSS estabeleceu o termo DORT (Doenças Osteoarticulares Relacionadas ao Trabalho) equiparando-a a LER. "Segundo a norma técnica do INSS sobre DORT (Ordem de Serviço no. 606/1998), conceitua-se as lesões por esforços repetitivos como uma síndrome clínica caracterizada por dor crônica, acompanhada ou não e alterações objetivas, que se manifesta principalmente no pescoço, cintura escapular e/ou membros superiores em decorrência do trabalho[1].

Aprofundando entendimento, vale apontar por decisões unânimes no que diz a respeito a equiparação de acidente de trabalho e doença ocupacional, a relatora ministra Kátia Magalhães Arruda citou a equiparação entre doença profissional e acidente do trabalho a luz do art. 20 da Lei 8.213/1991, salientou que, uma vez provado o nexos causal do fato acometido em razão do acidente ou doença do trabalho torna-se necessário a garantia provisória do direito estável ao empregado.

Neste sentido, pela lei, para considerar doença ocupacional como acidente do trabalho, exige-se a presença de pressuposto para a sua caracterização, além do nexos causal, também os demais requisitos próprios do acidente do trabalho, quais sejam, a lesão corporal, perturbação funcional, perda, redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. Assim conceitua (ROMAR 2018) "A garantia que visa remediar esse mal proporcionando ao trabalhador segurança em uma fase em que poderá apresentar certa fragilidade, em redução do ritmo normal do trabalho".

A estabilidade é a proteção que o funcionário acometido do infortúnio tem, ou seja, é um amparo jurídico que visa lhe assegurar no emprego. É exatamente por essa razão que a lei garante o emprego do trabalhador por 12 meses após alta previdenciária do auxílio-doença acidentário.

Para que seja reconhecida a garantia estabilitária ao acidentado é necessário causa de duas hipóteses que motivam o afastamento do obreiro: "I. Afastamento superior a 15 dias em razão do acidente ou doença profissional; II. Que o empregado receba o auxílio – doença acidentário conforme."

Nesse entendimento, há julgados da sexta Turma do TST, com base na súmula 378.

Súmula 378 II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio doença acidentário, salvo se constatada após a despedida, doença profissional que relação de causalidade com a execução do contrato emprego.

Na ocorrência do Acidente de trabalho a empresa deverá comunicar à Previdência Social através do documento CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho) até o 1º (primeiro) dia útil seguinte ao fato e, em caso de morte a comunicação deverá ser imediata, a empresa que não cumprir prazo legal, estará sujeita a aplicação de multa pelo descumprimento da obrigação.

No caso de recusa ou omissão do CAT por parte do empregador, o próprio trabalhador, o dependente, a entidade sindical, o médico ou a autoridade pública poderão efetivar a qualquer tempo o registro deste instrumento junto à Previdência Social, o que não desobriga neste caso a possibilidade da aplicação da multa à empresa.

Outro fator importante de destacar, quando o trabalhador acidentado seja por acidente ou doença ocupacional a empresa é obrigada a recolher o FGTS, diferente dos afastamentos que não tem ligação com acidente de trabalho. Ou seja, se reconhecido pelo INSS doença ocupacional, a empresa causadora do dano do afastamento torna-se obrigada a recolher o fundo de garantia para o trabalho durante todo período de afastamento.

A lei em seu art. 118 da Lei ° 8.213/1991 assegura proteção no emprego no prazo mínimo de doze meses para o empregado que sofreu acidente de trabalho, não podendo ocorrer dispensa arbitrária. Tese utilizada pelo legislador, ou seja, na ausência de clausula contratual ou norma coletiva mais benéfica, ao empregado

acidentado será garantido por doze meses após a cessação do auxílio-doença acidentário. A doutrina considera absoluta a garantia de emprego do acidentado, ou seja, impugna a dispensa imotivada do obreiro no período estável, salvo em motivos de justa causa previsto em lei.

Aprofundando entendimento a luz do artigo 118 da referida Lei, observa-se duas correntes doutrinárias com posições conflitantes a respeito da constitucionalidade da referida lei.

Segundo Octavio Bruno Magano e alguns doutrinadores, trata-se da interpretação lógica-formal, sustentam que o presente artigo padece de inconstitucionalidade, pois acreditam que somente através de lei complementar (CF art. 7º I), é que poderiam criar outros tipos de estabilidade, além dos expressamente previsto na Constituição.

Não obstante, por outro lado outros doutrinadores partem da lógica razoável, á exemplo Nei Frederico Cano Martins, defende a constitucionalidade do art. 118 da referida lei, ao fundamento de que o legislador ordinário pode quantos tipos de estabilidade provisória no emprego entenda sejam necessários.

Respeitando o entendimento dos doutrinadores, seguir-se-á no que tange a segunda corrente doutrinária.

Observa-se que o art. 118 prevê garantia somente após cessação do auxílio-doença acidentário. No entanto, nota-se atualmente vários casos de doenças que se agravam aos poucos, ou seja as consequências não percebe-se imediatamente, podendo o trabalhador nem chegar a receber o auxílio-acidentário, isso entretanto não exclui a garantia no empregado, podendo o trabalhador posteriormente requerer o seu afastamento e manter o vínculo empregatício até 12 meses após retorno ao trabalho.

A referida garantia do art. 118 refere-se à recuperação do trabalhador, o qual menciona o período mínimo de 12 meses. Porém, há casos como pode-se citar a exemplo do profissional que adquiriu LER e/ou DORT que segundo o Ministério da saúde estão relacionadas no panorama de doenças crônicas, desencadeando uma incapacidade parcial ou total de um dos membros do corpo ocasionando sequelas, incapacidade temporária ou até mesmo permanente ao trabalhador.

No art. 2 da Lei 8.212/1991 trata-se da proteção e garantia da saúde de todos.

Art. 2º - A Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Neste sentido, observa-se uma garantia definitiva, uma vez que o empregado não poderá exercer suas funções efetivas com excelência por não gozar de saúde estável, cabendo a proteção do manto do Estado, pois trata-se de direito constitucional à luz do artigo art. 6º da CF ao que se refere aos direitos sociais: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

O fundamento da mencionada estabilidade consiste na dificuldade que o empregado tenha sofrido para retomar a vida social e profissional, uma vez que a saúde foi ferida e que dificilmente encontrará oportunidade para recolocação no mercado de trabalho.

Por fim, incumbe ao Estado prover, a título de preservar os direitos individuais garantindo, proteção ao trabalhador vitimado do infortúnio, a Constituição Federal trouxe essa ampla garantia constitucional a qual percebe-se claramente o acolhimento a saúde como direito fundamental.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal assegura diversos direitos e garantias trabalhistas e dentre as quais pode-se citar a proteção à saúde (art. 6º, CF). Este artigo apresentou análise e características de estabilidades provisória, prevista na legislação.

Ao longo do estudo observa-se ainda a complexibilidade do tema, pela dificuldade e desalento da classe trabalhadora principalmente empregado vítima de acidente de trabalho, por essa razão a Lei trouxe amparo ao trabalhador, pois previa a dificuldade que o empregado poderia sofrer para retomar a vida social e profissional, além da discriminação, que é um ato impugnantemente pela Constituição.

Por essa razão a doutrina considera absoluta a garantia de emprego do acidentado, ou seja, impugna a dispensa imotivada do obreiro no período estável.

Enfatizo que a estabilidade provisória, tem por finalidade proteger o empregado, uma vez que impossibilitado de retomar vida social e laboral.

Conclui-se, portanto, o direito da estabilidade consiste na dificuldade que o empregado tenha sofrido para retomar a vida social e profissional, uma vez que a saúde foi ferida e que dificilmente encontrará oportunidade para recolocação no mercado de trabalho, cabendo assim acolhimento do Estado com a complacência do benefício como também aposentadoria para os casos específicos previsto em lei.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1.988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm)>. Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5764.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5764.htm)>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9029.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm)>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 14 out. 2019.

ESTRATÉGIA CONCURSOS. **CLT Esquematizada.** Disponível em: <<https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/clt-esquematizada/>>. Acesso em: 18 outubro de 2019.

INSTITUTO NACIONAL PREVIDÊNCIA SOCIAL. **CAT - Comunicação de Acidente de Trabalho.** Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/servicos-do-inss/comunicacao-de-acidente-de-trabalho-cat/>>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

MARTINS, Carla Tereza. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 642-642.

MASCARO, Amauri. **Curso de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 587-587.

MASCARO, Amauri. **Curso de Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 589-589.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Doenças Crônicas**. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/vigilancia-em-saude/vigilancia-de-doencas-cronicas-nao-transmissiveis-dcnt>>. Acesso em: 17 out. 2019.

NETO, Silvana Souza. **Direito: Maternidade no Trabalho**. 1. ed. Curitiba: Juara, 1996. p. 37-37.

NOVAES, Antônio Carlos. **LER/DORT doenças ocupacionais**. Disponível em: <<https://www.lerdort.com.br/editorial/87/ler-dort-diferencas>>. Acesso em: 26 de setembro de 2019.

TEIXEIRA, Pedro Paulo. **Direito: do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 184-184.

TST, **Súmulas**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 26 de setembro de 2019.

#### NOTAS:

[1] Dr. Antônio Carlos Novaes Esp. Em Reumatologia e Med. Do Trabalho, disponível em: [www.lerdort.com.br](http://www.lerdort.com.br)



## O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO

### **LEONARDO RIBEIRO DA SILVA:**

Bacharel em Direito, Universidade Católica de Brasília - UCB, Especialista em Direito Administrativo, LFG/Anhaguera. Advogado.

**RESUMO:** O artigo propõe-se a abordar o princípio da insignificância e sua aplicabilidade no Direito Administrativo. Tem o objetivo de demonstrar as relações entre os princípios da moralidade administrativa, da proporcionalidade, da razoabilidade e da insignificância na aplicação de sanções em casos de infrações disciplinares e atos de improbidade administrativa, estabelecendo a distinção entre improbidade administrativa propriamente dita e meras irregularidades, e, ainda, analisar os entendimentos jurisprudenciais na aplicação destes princípios que culminam em sanções administrativas e penais divergentes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípios. Insignificância. Improbidade. Irregularidades. Divergências.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Os princípios da moralidade administrativa, proporcionalidade e razoabilidade. 2. Distinção entre improbidade administrativa e mera irregularidade administrativa. 3. Princípio da insignificância. 4. Dosimetria da sanção. Considerações finais. Referências bibliográficas.

### **INTRODUÇÃO**

Com o objetivo de coibir a improbidade administrativa a Constituição Federal de 1988 impôs em seu texto, art. 37, § 4º, que os atos de improbidade serão puníveis com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Em 1992 o Congresso Nacional inseriu em nosso ordenamento jurídico a Lei 8.429, que dispôs sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

A referida norma classifica os atos de improbidade administrativa em três grupos (seções), a saber: atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao

erário e atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da Administração Pública.

Em obediência à previsão constitucional (art. 37, § 4º) que assegura a independência entre as esferas penal e administrativa quanto aos atos de improbidade na Administração Pública, a Lei 8.429/92 tratou em seu Capítulo V (artigos 14 a 18) sobre o procedimento administrativo e o processo judicial para a devida apuração dos atos ilícitos cometidos por agentes públicos ou pessoa que não detenha tal qualidade, mas que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

No que tange ao regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, entrou em vigor a Lei 8.112/90, revogando o antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei 1.711/52). A nova lei inseriu uma maior amplitude e rigidez no que se refere ao regime disciplinar e ao processo administrativo disciplinar, dispostos nos títulos IV e V, respectivamente.

A legislação acima referida dita seus próprios procedimentos na tramitação de seus processos. No entanto, subsidiariamente, aplicam-se os preceitos da Lei 9.784/99, que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta. Norma também aplicada aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.

Os demais ilícitos cometidos por servidores públicos, não compreendidos como crimes de improbidade administrativa ou infrações disciplinares, são devidamente tipificados no Código Penal Brasileiro em rol específico de crimes praticados contra a administração pública em geral e em normas penais extravagantes. Tais infrações penais obedecerão aos ditames processuais do Código de Processo Penal.

De qualquer modo, os atos tipificados como crimes ou infrações administrativas cometidas por agentes públicos no exercício irregular de suas atribuições terão reflexos no âmbito administrativo. Nestes casos, a responsabilidade administrativa do servidor somente será afastada em caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

## **1. OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE**

A moralidade administrativa compõe o rol de princípios expressos na Lei Fundamental (artigo 37, caput) desde a sua promulgação pelo Poder Constituinte originário de 1988, ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade e publicidade. O princípio da eficiência foi inserido em nossa Carta apenas em 1998, com a Emenda Constitucional nº 19. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não estão expressos no texto constitucional, o que não minimiza a importância destes princípios.

A Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal elencou em seu artigo 2º, caput, o seguinte: “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Os demais ilícitos cometidos por servidores públicos, não compreendidos como crimes de improbidade administrativa ou infrações disciplinares, são devidamente tipificados no Código Penal Brasileiro em rol específico de crimes praticados contra a administração pública em geral e em normas penais extravagantes. Tais infrações penais obedecerão aos ditames processuais do Código de Processo Penal.

De qualquer modo, os atos tipificados como crimes ou infrações administrativas cometidas por agentes públicos no exercício irregular de suas atribuições terão reflexos no âmbito administrativo. Nestes casos, a responsabilidade administrativa do servidor somente será afastada em caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

### **1.1 A MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

Além da disposição constitucional e da lei que rege o processo administrativo federal, nossa legislação infraconstitucional conta com importantes preceitos formulados sobre a moralidade administrativa no Decreto 1.171/94, que dispõe sobre o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. No anexo do referido decreto, Capítulo I, Seção I, Das Regras Deontológicas, item III, importante conceito do princípio da moralidade administrativa foi introduzido ao texto normativo:

*“A moralidade da Administração Pública não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da ideia de que o fim é sempre o bem comum. O equilíbrio entre a legalidade e a finalidade, na conduta do servidor público, é que poderá consolidar a moralidade do ato administrativo[1].”*

O professor Hely Lopes Meirelles, analisando o conceito de moralidade administrativa e seus efeitos nos atos administrativos, assim lecionou[2]

*“O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além da sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima”.*

[...]

Há que conhecer, assim, as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto, nos seus efeitos.

O gestor público deve se afastar das condutas que se aproximem da ilicitude e da injustiça. Os atos administrativos devem ser pautados na finalidade do interesse público e devidamente motivados, mesmo que comportem oportunidade e conveniência para a tomada de decisão.

Antônio José Brandão compara as formas com as quais o princípio da moralidade administrativa pode afetar os atos dos gestores da *res publica*[3]

*À luz dessas ideias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos, os seus atos são infiéis à ideia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum.*

Viola o princípio da moralidade as condutas permeadas com objetivo de lograr proveito individual do patrimônio coletivo ou quando praticadas com desvio de finalidade. Prevalece, portanto, o dever de obediência aos princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade, sendo este último, no que tange às atribuições legais específicas de cada agente público.

## **1.2 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE**

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não possuem conceitos unânimes e bem definidos na doutrina e na jurisprudência. Podem ser

analisados sob os vários aspectos, a depender de quem o interpreta. Parte da doutrina os exploram com acepções autônomas, como o mestre Humberto Ávila[4], que os classifica como postulados específicos.

Por outra vertente, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro[5], defende que o princípio da proporcionalidade está inserido no princípio da razoabilidade, assim dissecando tal entendimento

*“Embora a Lei 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto”.*

Acerca do princípio da razoabilidade administrativa leciona o professor Diogenes Gasparini[6]

*“A lei, ao conceder ao agente público o exercício da discricionariedade, não lhe reservou, em absoluto, qualquer poder para agir a seu gosto, ao contrário, impôs-lhe o encargo de agir tomando a melhor providência à satisfação do interesse público a ser conseguido naquele momento. A lei, portanto, não lhe permite, sob pena de ilegalidade, qualquer conduta não desejada pela lei, que somente aceita as coerentes. Em suma: nada que esteja fora do razoável, do sensato, do normal, é permitido ao agente público, mesmo quando atua no exercício de competência discricionária”.*

A Corte Suprema tem entendimentos diversos acerca dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade quando utilizados como fundamentos de suas decisões em matérias constitucionais e administrativas. Determinadas decisões são embasadas com observância da proporcionalidade como princípio autônomo[7]. Em outros acórdãos o princípio da razoabilidade adquire seu formato independente[8]. Por outro lado, os referidos princípios são utilizados em algumas decisões minoritárias pelo Guardião da Constituição como um único princípio<sup>10</sup>, com o mesmo teor para a motivação da decisão proferida.

De toda sorte, o caráter autônomo de cada princípio ou a inserção de um sobre o outro não é óbice para o entendimento do caráter fundamental de seus conteúdos para a aferição de matérias que comportem a aplicação do princípio da insignificância. Ademais, a proporcionalidade, a razoabilidade e a moralidade são essenciais para a distinção entre improbidade administrativa e mera irregularidade, bem como na adequação da conduta praticada com a sanção cominada (dosimetria).

## **2. DISTINÇÃO ENTRE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA**

O dever de probidade ou honestidade funcional<sup>11</sup> é inerente a todos que exercem cargos, empregos ou funções na Administração Pública. Todas as leis que regulamentam o serviço público, orçamento, responsabilidade fiscal e contratos administrativos, ou seja, todas as normas que tenham como objetivo a utilização de recursos públicos, inserem dispositivos de proteção ao erário e maior rigor às irregularidades que resultem da aplicação destas normas.

Ocorre que nem todas as condutas que resultam prejuízo ao erário devem ser consideradas atos de improbidade administrativa. Podem ser considerados de mera irregularidade os desvios administrativos que não tenha repercussão econômica ou não causem lesão significativa na órbita financeira do Estado. O que não extingue o caráter imoral e ilegal de quem o pratica. Já os atos de improbidade seriam aqueles mais gravosos, não bastando a sua tipificação como ímprobo, mas sim, o relevo da conduta quanto aos prejuízos aos para a Fazenda Pública e o dolo para a prática da ilicitude.

A honestidade funcional<sup>[9]</sup> se impõe sob todos os aspectos e a cada instante, jamais devendo aproveitar-se o servidor das prerrogativas funcionais e das atribuições em que está investido para obter vantagens para si próprio ou para terceiros, a que pretenda favorecer.

Os professores Flávio Henrique Unes Pereira e Márcio Cammarosano<sup>[10]</sup>, em artigo sobre improbidade administrativa e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, lecionam com muita clareza acerca da interpretação dos aspectos constitucionais relevantes para a distinção entre improbidade, ilegalidade e imoralidade. Segundo os referidos mestres

Diante do tratamento autônomo entre legalidade, moralidade e improbidade, impõe-se ao operador do direito desvelar, a partir da interpretação sistemática do texto constitucional, as diferenças consideradas pelo constituinte.



Percebe-se, claramente, que em mais de uma passagem o constituinte atrelou a (im)probidade administrativa à imposição de sanções de extrema gravidade:

(i) no art. 15, V, e art. 37, §4º, ao prever a suspensão ou perda dos direitos políticos;

(ii) no art. 37, §4º, ao dispor sobre a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário; e, no art. 85, ao disciplinar o crime de responsabilidade.

Tal constatação autoriza concluir que a improbidade administrativa, diferentemente da ilegalidade ou imoralidade, somente ocorre na perspectiva de grave abuso do direito ou do desvio de finalidade, a atrair, necessariamente, o elemento subjetivo por parte do agente público.

Caso contrário, não subsistiria diferença alguma entre (im)probidade e (i)moralidade administrativas, e até mesmo em relação à (i)legalidade.<sup>12</sup>

No julgamento do Recurso Especial nº 892.818/RS[11], a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso, por unanimidade, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em face de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que havia reconhecido a aplicabilidade do princípio da insignificância ato ilícito praticado por gestor público no Município de Vacaria-RS.

No julgamento da Apelação Cível Nº 7001288641214[12], que ensejou a interposição do Recurso Especial acima referido, a Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento ao apelo. Por unanimidade, os desembargadores reconheceram que embora se tratasse de ato ímprobo, no caso concreto, o julgador de primeira instância não levou em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que culminou em sanção excessivamente desproporcional.

Ressalta-se que a movimentação do Poder Judiciário e de todo o aparato administrativo, desde o inquérito civil até a propositura da ação civil pública, com julgamento monocrático e em segunda instância (TJRS), além do Recurso Especial, está em total descompasso com o princípio da economicidade, pois os valores despendidos com a tramitação processual foram muito além do ínfimo montante de oito reais e quarenta e sete centavos que originou a demanda de improbidade para punição do agente público.

### 3. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

No âmbito do Direito Penal, o princípio da insignificância ou falta de interesse social<sup>15</sup>, ou ainda, da criminalidade de bagatela<sup>[13]</sup>, depende de critérios ou requisitos de ordem objetiva. Para o Supremo Tribunal Federal<sup>17</sup> a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem tais requisitos objetivos que autorizam a devida aplicação do princípio.

O princípio da insignificância, ou falta de relevância social, é o campo onde se situam todos aqueles atos que afetam insignificamente o bem jurídico. Todavia, ele não está explícito na nossa lei penal, sendo deduzido do seu caráter fragmentário em uma verdadeira criação jurisprudencial. Na doutrina penal, sua introdução deveu-se a *Claus Roxin*<sup>[14]</sup>. Tal princípio, aliás, deve ser inferido do confronto com os princípios constitucionais vigentes e não, apenas, de estudo do bem jurídico isoladamente considerado ou atrelado, tão somente, aos fins da pena<sup>[15]</sup>.

Na esfera tributária, em virtude da regulamentação infralegal por parte do Ministério da Fazenda, por meio da Portaria nº 75<sup>[16]</sup>, regulamentou-se a não propositura de execuções fiscais pela Fazenda Pública quando o valor consolidado da dívida ativa seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Nestes casos, o Supremo Tribunal Federal<sup>[17]</sup> entende pela aplicação da insignificância.

Na hipótese acima, firmou-se na Corte Suprema o entendimento de que a pequena expressão econômica do valor da dívida ativa tributária e a ausência de interesse de agir não violam os princípios da isonomia e da inafastabilidade do Poder Judiciário.

No Direito Administrativo, no entanto, a aplicação do princípio da insignificância é controvertida. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que os atos de improbidade administrativa, mesmo aqueles de menor potencial ofensivo, também denominadas de meras irregularidades administrativas, não comportam sua aplicação.

O conceito de insignificância para o Direito Administrativo ainda não possui um conteúdo preciso, claro, unânime, consistente, o que o insere como mais um instituto com conceito jurídico indeterminado. O aspecto indeterminado de seu conteúdo pode gerar interpretações em diversos sentidos, o que não impede a apreciação do Poder Judiciário, como bem já definiu o Min. Eros Grau

Os atos administrativos que envolvem a aplicação de 'conceitos indeterminados' estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle

jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da administração.

#### **4. DOSIMETRIA DA SANÇÃO**

Frequentemente nos deparamos com sanções desarrazoadas da Administração Pública em processos administrativos, sejam elas quanto ao regime disciplinar de seus servidores (processo administrativo disciplinar), em processos que envolvam contratos administrativos com pessoas jurídicas de direito privado ou, ainda, em procedimentos que envolvam os demais administrados.

No âmbito administrativo, assim como no Poder Judiciário, as decisões são as mais diversas possíveis em análise de processos administrativos disciplinares contra seus servidores, mesmo em situações idênticas. No que tange aos servidores estatutários da União, a Lei 8.112/90 prescreve em seu art. 117, IX a XVI, vedações aos servidores públicos. Tais condutas são passíveis de demissão, nos termos do art. 132, XIII.

Ocorre que, alguns destes dispositivos legais podem causar interpretações variadas e prejudiciais se consideradas em sua literalidade. A exemplo do art. 117, XVI, que dispõe *“utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares”*. Ora, deve-se punir com demissão um servidor público pela utilização de uma ínfima resma de papel em atividade particular?

Nos parece desproporcional a pena de demissão para a situação hipotética. Há de se considerar o dano efetivamente causado ao Poder Público. E a própria Lei 8.112/90 trouxe essa possibilidade. Nos termos do artigo 128, na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

No que tange aos crimes previstos na Lei de Improbidade, o parágrafo único do art. 12 da Lei 8.429/92 prescreve que na fixação das penas previstas em casos de improbidade administrativa o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Ou seja, se o dano causado ao erário for ínfimo, será desproporcional a sanção que imponha multa excessiva, ou ainda, o período de suspensão de direitos políticos deve ser cominado de acordo com a conduta praticada, assim como a proibição de contratar com o Poder Público. No entanto, será razoável a perda da função pública, dada a ofensa à moralidade administrativa.

Grandes avanços legislativos vêm ocorrendo nos últimos anos, como a edição da Lei 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. A referida lei elenca os atos lesivos à administração pública, a responsabilização administrativa e a possibilidade de acordo de leniência[18].

Por sua vez, o Decreto 8.420/2015, que regulamenta a Lei 12.846/2013, dispõe de forma explícita (art. 5º, § 4º e art. 8º, § 3º) sobre a necessidade da dosimetria da sanção na aplicação das medidas ensejadas pela responsabilização administrativa da Pessoa Jurídica que pratique atos ilícitos contra a Administração Pública.

*“Art. 27. O acordo de leniência será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei nº 12.846, de 2013, e dos ilícitos administrativos previstos na Lei nº 8.666, de 1993, e em outras normas de licitações e contratos, com vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, devendo resultar dessa colaboração:*

*I - a identificação dos demais envolvidos na infração administrativa, quando couber; e*

*II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem a infração sob apuração”.*

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Logo, ao considerar a moralidade e seu impacto perante a sociedade e a irrelevância monetária do prejuízo causado como aspectos necessários para a qualificação de mera irregularidade, o STJ ignora a aplicação da insignificância por completo, visto que à luz da coletividade, todos os atos praticados contra o erário terão repercussão moral e financeira, independentes de valores e conteúdo.

O Direito Penal tutela os bens jurídicos de maior importância para a sociedade. Mesmo assim, admite, em alguns casos, a aplicabilidade do princípio da insignificância, bem como da incidência de uma dosimetria proporcional da sanção conforme o ato praticado. Não permitir ao Direito Administrativo a utilização destes institutos, nos parece um retrocesso e uma imposição positivista que não se coaduna com o direito moderno, que propõe uma maior flexibilização jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. – São Paulo: Malheiros: 2011.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres** – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, 25: 454-67.

CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos artigos 9º e 11, e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 16, n. 83, p. 27-38, jan./fev. 2014.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Editor, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. – 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. – 17. ed. atualizada por Fabricio Motta – São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. – Parte geral – vol. 1. – 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOTA:

[1] BRASIL. Legislação federal. Decreto 1.171, de 22 de junho de 1994. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d1171.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm) > acesso em 27/06/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Neste sentido: Cf. ADI 1407 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/1996, DJ 24-11-2000; HC 76.060, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 31-3-1998, Primeira Turma, DJ de 15-5-

1998; RE 192.553, rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 15-12-1998, Segunda Turma, DJ de 16-4-1999.

[2] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 92-93.

[3] BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, 25: 454-67, p. 454.

[4] ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. – São Paulo: Malheiros: 2011. p. 163-186.

[5] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. – 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 114.

[6] GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. – 17. ed. atualizada por Fabricio Motta – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 78-79.

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-3-2012, Segunda Turma, DJE de 27-3-2012.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 655.298-AgR, rel. min. Eros Grau, julgamento em 4-9-2007, Segunda Turma, DJ de 28-9-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 855, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-3-2008, Plenário, DJE de 27-3-2009.)

[9] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 418.

[10] CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos artigos 9º e 11, e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 16, n. 83, p. 27-38, jan. /fev. 2014.

[11] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 892.818/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 10/02/2010.

[12] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70012886412, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 08/02/2006.



[13] Denominação atribuída por alguns doutrinadores. Cf. MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado. – Parte geral – vol. 1. – 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 25.

[14] CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. Fundamentação constitucional do direito penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Editor, 1992, p. 35-36.

[15] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 118014, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 20-08-2013 PUBLIC 21-08-2013.

[16] BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 75/2012. DOU de 29.3.2012 - Republicada por ter saído no DOU de 26-3-2012, seção 1, pág. 22, com incorreção no original.

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Cf. AI 679.874-AgR, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 4-12-2007, Segunda Turma, DJE de 1º-2-2008.

[18] BRASIL. Controladoria Geral da União. Portaria nº 910/2015. Disponível em < [http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria\\_cgu\\_910\\_2015.pdf/view](http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_910_2015.pdf/view) > acesso em 30/06/2015.

## **A LIMITAÇÃO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO REMUNERADA À LUZ DE UM INEXISTENTE CÓDIGO**

**LUDMILA ANGÉLICA PINTO SILVA:**

bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA,

**KAROLAINE DE ARAÚJO FREITAS <sup>[1]</sup>**

(coautora)

**JOÃO SANTOS DA COSTA <sup>[2]</sup>**

(orientador)

**RESUMO <sup>[3]</sup>:** O presente trabalho tem como objeto o estudo das técnicas de reprodução assistida, em específico a gestação por substituição, analisando como princípios bioéticos e constitucionais norteiam o tema, como o estado brasileiro age na lacuna deixada pelo legislador e de que forma a gestação por substituição remunerada poderia ser introduzida no ordenamento jurídico. O trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisas bibliográficas, a partir do levantamento de dados presentes em livros, teses, dissertações, doutrinas, jurisprudências e artigos disponíveis na internet.

**Palavras-chave:** Reprodução Humana Assistida. Gestação por substituição. Barriga de Aluguel. Surrogacy.

**Sumario:** 1. Introdução – 2. Análise conceitual e evolutivo da reprodução assistida: 2.1 A reprodução assistida como alternativa; 2.2 princípios que norteiam a reprodução assistida. 3. Gestação por substituição: 3.1 A tutela jurídica da gestação por substituição no Brasil; 3.2 A tutela jurídica da gestação por substituição nos Estados Unidos. 4. Limites à admissibilidade da gestação por substituição no Brasil: 4.1 Resolução 2.168/17 do CFM: o estado atual da disciplina legal no Brasil; 4.2 A (im)possibilidade da gestação por substituição remunerada no Brasil. 5. Conclusão. 6. Referencias.

### **1 INTRODUÇÃO**

Nos últimos 50 anos, a reprodução humana foi revolucionada, trazendo esperança para uma parcela da população que detém problemas reprodutivos, que buscam na ciência e suas técnicas a oportunidade de concretizar o sonho de ter filhos. Entretanto, o Direito brasileiro não caminha com os mesmos passos da evolução científica e fica omissa com relação à Reprodução Humana Assistida. Com a ausência de uma lei específica, a responsabilidade recai sobre a resolução 2.168/17,

ditada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), onde adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

Dentre as técnicas apresentadas, o foco é na gestação por substituição, ou como é popularmente conhecida no Brasil, a “barriga de aluguel”. O referido recurso é a utilização do útero de uma terceira pessoa para assegurar a gestação, em casos de problemas médicos que impeçam ou contraindiquem a gestação.

O presente artigo foi desenvolvido em três capítulos, onde inicialmente, buscou-se demonstrar as técnicas de reprodução assistida e suas especificidades, além de ressaltar os princípios, tanto da bioética quanto constitucionais que a norteiam.

Seguindo, abordou-se o tema da gestação por substituição no Brasil e nos Estados Unidos com objetivo de ter o contraste de como o assunto é tratado nos dois países. Enquanto no primeiro, a prática é proibida, mesmo sem uma legislação própria, o segundo país, apesar de não apresentar consenso entre todos os estados, apresenta leis tanto permissivas quanto proibitivas, e quando permissiva, apresenta diversos requisitos para a aplicação da prática.

Por fim, é esmiuçada a resolução 2.168/17 – a vigente do CFM e apresentada algumas propostas legislativas sobre a reprodução assistida e por seguinte debatido a (im)possibilidade da gestação por substituição remunerada no Brasil, que almeja demonstrar por quais motivos a prática não deveria ser proibida e como o ordenamento jurídico poderia legalizá-la.

## **2 ANÁLISE CONCEITUAL E EVOLUTIVA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

### **2.1 A reprodução assistida como alternativa**

O desejo de perpetuar a espécie, constituir uma família e transmitir valores familiares, dar continuidade em sua linhagem, ainda é um grande objetivo do ser humano – que encontra em seus descendentes a possibilidade de realização social e individual de tais propósitos.

Entretanto, por diversas questões impedem a consumação desse sonho. Diante disso, a constante evolução científica e tecnológica no âmbito da saúde, contornou tais mazelas, como a infertilidade e a esterilidade, e trouxe soluções. Em julho de 1978, na Inglaterra, nascia à primeira criança concebida por Fertilização In Vitro e no Brasil em 1984, abrindo o leque da Reprodução Humana Assistida para aqueles que ansiavam o desejo de serem pais e não conseguiam ou não poderiam realizá-lo.

Conforme Maria Berenice Dias, a reprodução humana assistida pode ser conceituada da seguinte forma:

São utilizadas em substituição à concepção natural, quando há dificuldades ou impossibilidade de um ou de ambos de gerar um filho. São técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de reprodução assistida. Permite a geração da vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico (2017, p.421-422).

Ghadir, Ambartsumyan e Decherney (2014), em sua obra, exemplificam em que casos as técnicas de reprodução assistida são indicadas como, por exemplo, para os casos de infertilidade (masculina, feminina, não explicada, devido à idade), para doença tubária, para mulheres com endometriose, para aqueles que necessitem de uma reprodução terceirizada, entre outros. De acordo com reportagem do site da revista VEJA, os dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) apontam que cerca de oito milhões de pessoas no Brasil sofrem de infertilidade, que conforme os autores acima mencionados, trata-se de uma diminuição de conceber, sendo definido quando um casal é incapaz de conceber no período de um ano.

No Brasil, são realizadas algumas técnicas de reprodução assistida, que o Conselho Federal de Medicina prega ter o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação, como: a relação sexual programada, injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), doação de óvulos, porém, as duas mais conhecidas e utilizadas são a Fertilização In Vitro (FIV) e a Inseminação Intrauterina – comumente conhecida por Inseminação Artificial.

De modo sintetizado, a inseminação artificial, o processo é feito objetivando o aumento de potencial fecundação, já que o sêmen é coletado e introduzido diretamente no útero. Tal procedimento pode utilizar material fecundante tanto do cônjuge/companheiro, quanto material de terceiros – oriundos de um banco de doadores.

Por outro lado, na Fertilização in Vitro, a fecundação do óvulo com o espermatozoide ocorre de forma externa, em laboratório, para posterior transferência para o útero da futura gestante. Trata-se de um procedimento recomendado, por exemplo, para as que passaram da idade materna de 35 anos, apresentam fatores genéticos de infertilidade e casos de aborto de repetição.

Com tais técnicas, conforme estudo realizado pela Rede Latino – Americana de Reprodução Assistida (REDLARA) aponta que o Brasil é o país latino americano

com maior número de pessoas nascidas por reprodução assistida (83.681 partos entre 1990 e 2016) e que no Brasil, o número de ciclos de fertilização in vitro (FIV) teve crescimento de 168,4% no período de 2011 a 2017, de acordo com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

A inserção dos referidos processos são um caminho de superação e um meio para o direito de constituir família para aqueles que apresentam problemas de saúde reprodutiva e para aqueles que formam famílias que não se encaixam no padrão heteronormativo. Entretanto, apesar do uso considerável da reprodução humana assistida, o ordenamento jurídico brasileiro é omissivo quanto a uma legislação específica para proteger aqueles que utilizam tal método.

## **2.2 Princípios que norteiam a reprodução assistida**

Antes de compreender como o biodireito está intimamente ligado a reprodução humana, é necessário pesquisar seu objeto e para isso é essencial caracterizar também o que seria a bioética. Para Hogemann (2013), a bioética configura-se como um saber interdisciplinar, onde intervêm matérias como a filosofia, biologia, medicina, o direito, entre outros.

A autora ainda afirma que uma das questões centrais acerca da matéria é o reconhecimento da pluralidade de opções morais diante os conflitos e que devemos chegar a um ponto comum para solucionar os conflitos com um razoável grau de acordo.

Maria Helena Diniz faz o seguinte comentário em relação aos bioeticistas e a bioética:

Os bioeticistas devem ter como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III) e o cerne de todo ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Conseqüentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna (2009, p.16)

Segundo Barretto (*apud* GAMA, 2003, p.54), este define o biodireito como nova área do direito, congregando “as relações estabelecidas entre os valores morais e a pesquisa e tecnologia biológicas, que se formalizam juridicamente”. Logo,

entende-se que de certo modo, há uma tentativa de positivar a bioética através do biodireito, tanto que Barboza (*apud* GAMA, 2003, p.55) alega que “o aparecimento do biodireito representa a extensão da bioética ao campo jurídico”.

O estudo da reprodução humana assistida, especificamente a denominada “barriga de aluguel”, tende a enfrentar alguns desafios em relação aos princípios da bioética. Estes deverão ser analisados quando se trata de procedimentos de reprodução assistida, sendo eles, o respeito à autonomia, beneficência e justiça. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina disciplina unicamente a gestação de substituição por meio da resolução 2.168/17, ou seja, nenhuma lei regulamenta sobre a prática e somente a resolução explicita que a cessação temporária do útero não pode ter caráter lucrativo, nessa linha de raciocínio, a bioética é aplicada para uso correto das novas tecnologias na área das ciências médicas e da solução adequada dos dilemas morais por ela apresentados.

A bioética é norteada por princípios muito importantes, que são utilizados para técnicas biomédicas e médicas, que lidam com a vida ganhando um novo contorno nas suas formulações. Dessa forma, para uma análise completa temos que compreender alguns princípios que baseiam a ética e a bioética.

Oportunas são as palavras de Gama (2003, p.119) ao dizer que em razão da necessidade de preencher a lacuna de determinados valores morais e culturais pela ordem jurídica “busca-se reconhecer os princípios gerais que alicerçam o biodireito, dentro de uma concepção ética do Direito e do Estado, o que pressupõe a elaboração de regras jurídicas no contexto de uma sociedade democrática”.

O princípio da beneficência defende que o médico deve visar o benefício do paciente e obrigatoriamente promover em primeiro lugar o seu bem estar, devendo sempre avaliar o procedimento mais adequado para obter o resultado pretendido, evitando que o paciente não sofra mais que o necessário, assim o profissional da saúde passa a confiança indispensável para o paciente.

Já o princípio da autonomia trata-se do respeito à autonomia do indivíduo, pois esse é o responsável por si, e é ele que decide se quer ser tratado ou se quer participar de um estudo científico. A decisão deve ser tomada com plena consciência, pois o ser humano tem o direito de ser responsável pelos seus atos. Segundo Almeida (2001, p. 07), o princípio da autonomia está ligado diretamente ao livre consentimento do paciente na medida em que este deve ser sempre informado, ou seja, a liberdade de fazer o que quiser, mas, para que essa liberdade seja plena, é necessário oferecer completa informação para que o consentimento seja realmente livre e consciente.



Por sua vez, o princípio da justiça visa criar um mecanismo regulador da relação entre paciente e médico, indicando o direito ao acesso justo e igualitário aos serviços de saúde e exercício da medicina.

No que concerne à Constituição Federal de 1988, ela não regulamenta especificadamente sobre o tema de gestação de substituição, mas o texto constitucional proporciona artigos que estabelecem princípios e garantias fundamentais, sendo direito de todo cidadão. A propósito, em destaque tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja positivação está no art. 1º, inciso III.

A dignidade da pessoa humana é o princípio que orienta os típicos direitos fundamentais, devendo estes atender a exigibilidade do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima, conforme Ingo Sarlet (*apud* Paulo Gustavo Gonet Branco, 2018, p. 140) há de se convir em que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Para Gama (2003), a dignidade é valor próprio e extrapatrimonial da pessoa humana, principalmente no contexto do convívio na comunidade como sujeito moral, tendo como a pessoa humana o centro para todos os interesses, a qual o foco é qualquer política pública ou pensamento, sendo necessário harmonizar a dignidade da pessoa humana ao progresso científico e tecnológico, devendo tender sempre a aprimorar e melhorar as condições e a qualidade de vida das pessoas.

### **3 GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO**

#### **3.1 A tutela jurídica da gestação por substituição no Brasil**

A gestação por substituição é a utilização do útero de uma terceira pessoa para assegurar a gestação. De acordo com Marianna Chaves e Eduardo Dantas (2017, pg. 145), entende-se por gestação em substituição um “acordo por meio do qual uma mulher se compromete a gerar uma criança e posteriormente entregá-la a outra mulher, a um homem ou a um casal de homens, renunciando a todos os direitos-deveres parentais, inclusive a classificação jurídica de mãe”.

Assim, em geral, os principais motivos que levam uma pessoa a procurar uma mãe substituta são: a ausência de útero; insuficiência renal grave, diabetes insulino dependente grave; mioma uterino de grandes proporções em mulher de idade jovem onde é necessário realizar a histerectomia total, idade próxima aos 50 anos e impossibilidade de gerar os filhos naturalmente e a união homoafetiva, ou seja, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação.

No Brasil, o método da gestação por substituição, mas comumente conhecida como “barriga de aluguel”, não encontra o amparo legal, sendo a legislação omissa sobre o assunto, sendo suprida pela resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, servindo de parâmetro procedimental e ético para clínicas e profissionais. Porém, nem sempre sanam as lacunas, pois a resolução tem a finalidade de guiar as condutas médicas, não adentrando na seara do direito propriamente dito.

A Resolução nº 2.168/2017 na parte VII, nº 2, do Conselho Federal de Medicina é cristalina ao explicar que “a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. Logo, o método aceito é a gestação solidária, pois o fundamento para autorização da gestação de substituição no Brasil é a ausência de onerosidade. Na mesma linha de raciocínio na parte VII, nº 1, disciplina que essa doação só poderá acontecer se a doadora “pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até quarto grau. Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina”.

*Em relação ao ato de registros das crianças oriundas da gestação por substituição solidária, há o provimento nº 63 de novembro de 2017, vindo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que ao menos facilita a lavratura do registro de nascimento, conforme pode ser depreendido dos dispositivos a seguir transcritos:*

*Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento.*

*Art. 17. [...]*

*§1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.*

*[...]*

Outro ponto apresentado para a negativa da barriga de aluguel em solo brasileiro é em relação ao artigo 199, § 4º da CF/88 que aduz que:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

(...)

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

No mesmo sentido o artigo 13 do Código Civil assevera que “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Em relação aos artigos, a doação temporária de útero não se enquadra na classificação de remoção de órgãos, já que não há remoção, nem comprometimento vital, nem mutilação e deformação física, mas sim a gravidez de um ser humano, que está ligada ao princípio da autonomia e da beneficência devendo a pessoa toma decisões de acordo com seu bem estar.

*A infertilidade humana é considerada um problema de saúde, e o uso de novas tecnologias por pessoas com dificuldades reprodutivas constitui uma nova forma de garantir o direito constitucional à saúde, previsto no art. 6º da Constituição Federal. Corroborar com tal afirmação Sartori:*

*O ato de procriar é privado (autonomia privada), ou seja, é decisão pessoal, individual ou de um casal, porém, quando a pessoa ou casal de detentor do direito de gerar uma vida não consegue, por que sua saúde não reúne as condições desejáveis, O Estado, na lógica deste livro, que se apresenta, legitimado em função de uma constituição, deve assegurar a efetividade desses direitos fundamentais (2015, p.149).*

*O tema está intimamente ligado a alguns princípios como já citado anteriormente, sendo dentre eles o princípio da dignidade humana a base de todos os outros, já que o Estado além de se abster de atentar contra a dignidade humana deve promovê-la, garantindo o mínimo existencial. Maria Berenice Dias (2017, p.62) diz que o direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos – que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, a Constituição ao instaurar o regime democrático revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar, todos têm liberdade de escolher o tipo de entidade que quiser para constituir sua família.*

*A atuação do Estado, em respeito ao princípio da igualdade e sendo livre a decisão dos casais sobre o planejamento familiar, deve limitar-se a propiciar os recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito. Além de atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos de realização de preferências ou desejos legítimos, defendidos pelo (polêmico) direito fundamental à felicidade.*

*Cabe ressaltar que algumas propostas foram apresentadas para regulamentar a reprodução assistida, como os projetos de lei nº 1135/03 proposto pelo Deputado Pinotti, estando atualmente arquivado. E também o projeto de lei nº 115/15 que está tramitando na câmara dos deputados, teve iniciativa do Deputado Federal José Juscelino do Santos Rezende Filho, regulamentando a utilização das técnicas de reprodução assistida. Entretanto, este projeto está desatualizado pois foi feito antes da vigente resolução 2.168/17 e não acompanhou as mudanças. Dito isto, no art.23 foi proposto da seguinte forma: "A cessionária deverá pertencer à família dos cônjuges ou companheiros, em um parentesco até 2º Grau" e ainda no seu parágrafo único determina "excepcionalmente e desde que comprovadas a indicação e compatibilidade da receptora, será admitida a gestação por pessoa que não seja parente do casal, após parecer prévio do Conselho Regional de Medicina". Percebe-se que a proposta segue a mesma linha que a resolução 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina em relação à limitação do uso dessa técnica. Desse modo, no que concerne aos projetos, em nada inovam e mostram o mesmo apresentando e já previsto na resolução do CFM, ainda proibindo a forma que haja retribuição econômica na gestação de substituição.*

### **3.2 A tutela jurídica da gestação por substituição nos Estados Unidos**

Conforme reportagem feita por Clyde Haberman (2014), *Baby M and the Question of Surrogate Motherhood*, para o site do The New York Times, em 1985 surgiu uma das primeiras lides acerca da barriga de aluguel nos Estados Unidos: o caso da "Baby M". O casal, onde a esposa por conta da esclerose múltipla não poderia engravidar sem apresentar riscos próprios a sua saúde, optou por utilizar uma barriga de aluguel. Após, por meio de uma empresa, contrataram Mary Beth Whitehead e acordaram que a criança deveria ser entregue ao pai depois do nascimento, que ela abrigaria mão dos direitos maternos e receberia o valor combinado, além de todas as despesas médicas pagas.

Ademais, em março de 86, a criança nasceu. Entretanto, Mary Beth Whitehead não cumpre sua parte no acordo, rejeita o dinheiro e fica com a infante. Diante o ocorrido, o casal não viu alternativa, senão buscar a justiça do estado de Nova Jersey. O caso inédito, conferiu inicialmente aos pais o direito de ter o contrato cumprido, além de uma ordem judicial para que a criança fosse entregue a eles. Porém,

Whitehead apelou para a Suprema Corte do Estado que anulou anterior sentença, declarando inválido o contrato. Todavia, a custódia foi dada ao casal com a fundamentação de que estes teriam melhor condição para criar a criança, mas que Whitehead teria direito de visitas.

Devido ao caso, os legisladores foram influenciados para fazerem proposituras acerca da gestação por substituição, surgindo propostas tanto favoráveis quanto contrárias à prática. Destacaram-se os estados de Nova York e o da Califórnia, ambos conhecidos por serem pioneiros em assuntos como adoção por casais homossexuais e filiação socioafetiva, seguiram caminhos opostos quanto à gestação de substituição.

Segundo Graziuso (2018), o Governador de Nova York demandou um parecer de ética médica, que teve como resposta a sugestão da nulidade de contratos de gestação de substituição e a expressa proibição de pagamento às *surrogates* – termo utilizado para se referir as mulheres que são “barriga de aluguel”. Por outro lado, o estado da Califórnia, em sua primeira abordagem – por meio de um memorando feito pelo Procurador – Geral do Estado, citava a prevenção de qualquer exploração e a necessidade de uma regulamentação apropriada, isso sem apresentar oposição à prática na forma comercial, visando “apoio a pessoas com dificuldades reprodutivas e o direito à privacidade e constituição familiar” (p. 91).

Desse modo, no presente momento, nos Estados Unidos o tema continua não sendo pacífico e homogêneo entre os estados do país. Por exemplo, enquanto o estado de Nova Jersey proíbe totalmente a prática de gestação por substituição, o estado de Nova York, assim como o Brasil, permite a forma gratuita e por fim, estados como Flórida e principalmente na Califórnia, permitem a forma comercial para qualquer tipo de casal (ou pessoa solteira), independente de sexo, estado civil ou orientação sexual.

Em relação aos questionamentos quanto à filiação, o país dispõe do “*Uniform Parentage Act*” (UPA), onde inicialmente, o objetivo é identificar os pais legais de uma criança independente do estado civil. Entretanto, após revisão e evolução tecnológica, passou a tutelar crianças oriundas de reprodução assistida, acrescentando um artigo sobre a gestação de substituição – que é de adesão opcional, onde trata do acordo gestacional autorizado que implica em diversos requisitos, porém o referido artigo foi aderido apenas por 2 dos 50 estados americanos, conforme a obra de Graziuso (p. 130, 2018).

Analisando sob a ótica da *surrogate*, os Estados permissivos da prática de gestação de substituição impõem algumas condições para poder ser uma, por



exemplo, o Estado de Illinois através de seu *Gestacional Surrogacy Act (750 ICLS 47)* exige que tenha ao menos 21 anos de idade, cm ao menos um filho, tenha ocorrido uma avaliação psicológica, entre outros.

Em Miami, algumas agências, como a “Ser papai em Miami”, cuidam do processo para aqueles que desejem utilizar uma “barriga de aluguel” nos EUA, dando tanto assistência médica quanto jurídica. O procedimento – gestação substituição transnacional, custa em torno de US\$110 mil a US\$ 130 mil, não sendo um dos países com custos mais baixos do mercado, entretanto, é um dos destinos mais buscados por brasileiros para “driblar” a restrição existente no Brasil.

## **4 LIMITES À ADMISSIBILIDADE DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL**

### **4.1 Resolução 2.168/17 do CFM: o estado atual da disciplina legal no Brasil**

O tema de reprodução humana assistida, como gestação de substituição, é classificado como matéria do Direito Civil no âmbito de Direito de Família, mas não há regulamentação jurídica específica no presente dispositivo, demonstrando insegurança jurídica para as pessoas envolvidas. Como já citado anteriormente no Brasil essa temática é mencionada somente pela Resolução nº 2.168/17, estabelecendo regras para maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos.

Em razão dessa da lacuna legal, o órgão de fiscalização específico da classe médica, o Conselho Federal de Medicina, estabeleceu diretrizes básicas, regulamentado atualmente pela resolução nº 2.168 de 21 de setembro de 2017. Esta Resolução *adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida e das práticas observando os princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no DOU. de 24 de setembro de 2015.*

*A gestação de substituição ou cessação temporária do útero está elencado na parte VII da resolução, sendo, assegurado à clínicas, centros ou serviços de Reprodução Assistida (RA) utilizarem essas técnicas para criarem a situação e identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, na união homoafetiva ou pessoa solteira.*

*Dessa forma, devem ser preenchidos requisitos para que haja o consentimento do Conselho Federal de Medicina. O primeiro deles é que a cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco*



consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau - mãe/filha; segundo grau - avó/irmã; terceiro grau - tia/sobrinha; quarto grau - prima). Ausente laço de parentesco, o procedimento está sujeito à autorização do Conselho Regional de Medicina, que apreciará os pedidos de autorização para o uso da gestação de substituição que apresentem desvios de parentesco, mediante alguns pressupostos, exigidos pelo próprio conselho e mencionados por Marianna Chaves e Eduardo Dantas em sua obra:

Requer-se que o termo de consentimento informado firmado pelo casal e pela gestante de substituição contenha a indicação: dos aspectos biológicos, psicológicos e sociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal; dos riscos inerentes à maternidade; a impossibilidade de interrupção voluntária da gravidez, exceto nos casos previstos em lei ou autorizados judicialmente; da garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mulher que cederá temporariamente o útero, até o puerpério; de que a gestação de substituição não possui caráter lucrativo ou comercial, nem mesmo em caráter de ressarcimento; da garantia do registro civil da criança pelo casal beneficiário (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez.(2017, p.143)

O segundo requisito diz que “a cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. Não parece ser justo, mesmo que apresente relação de parentesco, que essa cessão temporária de útero não apresente caráter lucrativo. A gestação em si acarreta riscos para a saúde da mulher, além de mudanças hormonais, corporais e psicológicas. Maria Berenice Dias (2017, p. 426) ratifica que “nada justifica negar a possibilidade de ser remunerada quem, ao fim e ao cabo, presta um serviço a outrem. Aliás, um serviço em tempo integral por longos nove meses e que acarreta dificuldades”.

Graziuso (2018, p.426) em seu trabalho desconstrói os argumentos dados por aqueles que são contra a gestação de substituição de forma onerosa. Em relação à onerosidade, o medo e os conflitos éticos – morais da classe médica com os lucros em cima da “barriga de aluguel” não são vistos quando se fala dos lucros dos próprios, já que não há nenhuma norma regulamentar vedando cobranças abusivas pelos serviços prestados na Resolução 2.168/17, impedindo apenas a compensação financeira para mulher que gestará a criança. Com relação a isso, Graziuso (2018, p.426) afirma ser a vedação mais uma questão de gênero do que apenas ética e moral, fato este corroborado por Rodrigo da Cunha Pereira (*apud* Maria Berenice

Dias, 2019) que afirmou que se a gravidez ocorresse no corpo dos homens certamente o aluguel da barriga já seria um mercado regulamentado.

A luz das informações contidas, o tema de reprodução humana assistida, em específico a gestação de substituição, é regulamentado apenas pelo Conselho Federal de Medicina, através da resolução 2.168/2017 que tem o intuito de destiná-la a classe médica para suprir inúmeros questionamentos acerca do tema, que paira sobre o ordenamento jurídico.

#### **4.2 A (im)possibilidade da gestação por substituição remunerada no Brasil**

Acreditar que a prática da “barriga de aluguel” não existe no país é fechar os olhos e abraçar a ignorância. Em um clique, é fácil encontrar ofertas em redes sociais de mulheres que oferecem a cessão do útero de forma remunerada. Em reportagem para os sites da Metrópole (2019) e BBC (2018), foram entrevistadas algumas mulheres que ofertavam o serviço, que mesmo cientes da não permissão da prática no país, o fazem do mesmo jeito e ainda encontram uma maneira de burlar o sistema. Alguns dos métodos apontados vão de propositura de união estável até a utilização de documentos em nome das esposas.

As mulheres que oferecem a cessão do útero de forma remunerada não veem problemas para a prática e afirmam que todos saem ganhando, além de não haver risco de o CFM negar o pedido de terceiros sendo barriga solidária, como pode ser observado nas opiniões dadas por duas entrevistadas pela BBC: “É triste que seja considerado crime, porque não vejo problemas. As pessoas estão pagando para a gestante, por ela colocar a vida em risco. Enquanto os pais realizam o sonho de ter o bebê, a barriga de aluguel também precisa receber algo em troca” e “não queríamos correr o risco de o Conselho de Medicina não aprovar, então optamos por não solicitar a permissão. Mas não vejo como algo errado o que estou fazendo. São apenas pessoas querendo ajudar as outras, cada uma da sua forma”.

Como já citado anteriormente durante o capítulo acerca de como a gestação por substituição é tratada no Brasil, são utilizados como base para a não permissividade da prática os artigos: 199,§4º da CF/88, o 13 do CC/02, o 15 da lei nº 9.434/97 e a resolução atual do CFM. É de extrema importância salientar o art. 5º, II da CF/88 que trata do princípio da legalidade: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, desse modo, conforme Paulo e Alexandrino (2017, p.120): “no que respeita aos particulares, tem ele como corolário a afirmação de que somente a lei pode criar obrigações e, por outro lado, a asserção de que a inexistência de lei proibitiva de determinada conduta implica ser ela permitida”.

Ou seja, em momento algum a lei brasileira apresenta em seu ordenamento, a proibição expressa do ato de ceder temporariamente o útero de forma remunerada. Ademais, ainda é previsto na carta magna, em seu artigo 5º, XXXIX, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, aduz os supracitados autores (2017, p.121) que “é exigido que a própria lei formal defina todos os elementos necessários à tipificação da conduta como crime e que a própria lei estabeleça, ela mesma, as penas aplicáveis”.

Ademais, temos na seara penal a possibilidade do uso de analogias para quando ocorrer à omissão legislativa, entretanto sendo proibida a analogia *in malam partem*, que conforme Guilherme Nucci (2016) explica em seu site, é quando a analogia prejudica o réu, “pois cria figura criminosa, por similitude, a uma situação fática que não se encaixa, primariamente, em nenhum tipo incriminador”. Desse modo, não encontra amparo jurídico a extensão dos artigos do Código Civil, da Constituição Federal e da lei que dispõe acerca da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento (nº 9.434/97) para abordar (e negar) a “barriga de aluguel”.

Com relação à resolução atual do CFM que regula a reprodução humana assistida e conseqüentemente a gestação por substituição, não parece ser justo que a proibição do livre planejamento familiar venha de uma resolução ditada por um documento feito por e para médicos, logo quando é sabido que o Direito é uma matéria interdisciplinar, que bebe da fonte de diversas outras, o ideal é uma lei organizada por um comitê diversificado de profissionais tanto da saúde, quanto do direito.

Muito se discute sobre o uso de contratos para validar o uso da gestação por substituição remunerada e a “coisificação” do ser humano, já que à primeira vista o objeto do contrato seria a futura criança. Entretanto, com melhor análise, o verdadeiro objeto contratual é a capacidade reprodutiva de uma mulher, já que está se tratando da cessão temporária de um útero. Sobre esse aspecto, se de fato a criança fosse o objeto da relação, a gestação solidária também não seria válida.

Ainda sobre relação contratual, algo similar ao que é exigido nos estados permissivos dos Estados Unidos, desde que devidamente adaptado à realidade brasileira, poderia ser aplicado no Brasil, já que o próprio Conselho Federal de Medicina exige em seu item VII e tópico 3 diversos documentos, dentre eles:

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando

aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico- puerperal, bem como aspectos legais da filiação.

3.3. Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança.

Ademais, não se deve ignorar a autonomia da mulher sobre seu próprio corpo. Desde que seja capaz e apresente manifesta vontade de ceder temporariamente seu útero de forma remunerada, por que o Estado deveria limitar o seu livre arbítrio, já que não vai atingir direito alheio?

Com a devida regulamentação acerca da matéria, deixando explícitos os direitos e deveres das partes envolvidas, além de estudos e exigências legais para fazer uma cessão de útero remunerada dentro dos padrões de saúde exigidos, em prol do melhor interesse da criança que vai nascer, seria crucial para tomar as devidas precauções sobre os limites da “comercialização”.

Por fim, falando em termos de direito internacional, uma das reuniões mais antigas do cenário internacional: a Conferência de Haia, hoje uma organização intergovernamental composta por 85 membros – dentre eles o Brasil, tem um projeto acerca da maternidade de substituição. Ao apresentar a proposta, a organização afirma que não há consenso internacional e que dificuldades podem surgir, já que as partes envolvidas nos acordos são vulneráveis e estão em risco, de acordo com o artigo sobre Projeto filiação/maternidade de substituição. O projeto conta com um grupo de peritos – geograficamente representativo, que desde 2016 desenvolvem um instrumento geral de direito internacional privado sobre o reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras sobre paternidade legal e um protocolo sobre o reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras sobre paternidade legal proferidas como resultado de acordos internacionais de barriga de aluguel.

O projeto destaca o tema da gestação por substituição em âmbito mundial, demonstrando a importância da discussão do tema quanto a seus desdobramentos legais, visando evitar novos casos como o da “Baby M”. Desse modo, o Brasil não pode manter-se omissos perante a realidade de seus cidadãos que necessitem do uso da técnica e se encontram desamparados juridicamente, além de viverem a margem da insegurança jurídica.

## **5. CONCLUSÃO**

Constantes alterações de regras, leis e comportamentos são comuns em um cenário globalizado e infelizmente, o Direito e seus legisladores não conseguem

acompanhar a realidade social, as modificações culturais e científicas, e nem ao menos devem ignorá-las. Mesmo assim, as técnicas de Reprodução Humana Assistida não encontram amparo jurídico na legislação brasileira, ainda que o Brasil seja o país latino americano com maior número de pessoas nascidas por reprodução assistida.

Na ausência de um código que regule tais métodos, o assunto é abordado pela resolução nº 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina, entretanto, o instrumento alcança aspectos e normas ético-profissionais. Diante de uma regulamentação praticamente inexistente, a técnica mais polêmica de reprodução assistida, a gestação por substituição, é proibida pela referida resolução, desde que tenha cunho lucrativo, ou seja, envolva remuneração para quem vai ceder o útero temporariamente. Nesse sentido, a prática é possível desde que a cedente temporária do útero pertença à família de um dos parceiros, até 4º grau. Casos em que não se encaixem no requisito mencionado ficam sujeitos à autorização do próprio Conselho.

A proibição mediante ausência de um devido código fere o princípio da legalidade, a garantia dada pela Constituição Federal aduz que somente a lei poderá criar direitos, deveres e vedações. Ademais, o Estado que deveria promover a dignidade humana, garantindo o mínimo existencial, além de propiciar os recursos educacionais e financeiros para o livre planejamento familiar, na realidade, marginaliza indivíduos que precisam de uma terceira pessoa para assegurar a gestação.

Diante o complexo tema, o presente artigo constata que a resolução 2.168/17 do CFM não é o suficiente, há necessidade de legislação própria, criada por meio de um comitê diversificado e interdisciplinar, que proporcione segurança, apresente os direitos e deveres para quem decida utilizar as técnicas de reprodução assistida, principalmente, em relação à gestação por substituição, já que introduz uma terceira pessoa com a finalidade de realizar um sonho reprodutivo. Desse modo, a escolha de limitar quem deve participar desse projeto e caso deva ser remunerado ou não, não deveria ser imposta por mera resolução deontológica.

Ademais, em uma perspectiva jurídica, os projetos futuros acerca da reprodução assistida e a gestação por substituição, devem respeitar os princípios apresentados, tais como a dignidade da pessoa humana, direito à liberdade e o princípio da igualdade, deixando tudo claro e objetivo, para reparar a omissão legislativa.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Mignon. **Bioética e Biodireito**. Rio de Janeiro. Lumens Juris 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 115/2015. **Institui o Estatuto de Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015). Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1.135/2003. **Dispõe sobre a reprodução humana assistida, define normas para realização de inseminação artificial, fertilização "in vitro", barriga de aluguel (gestação de substituição ou doação temporária do útero), e criopreservação de gametas e pré-embriões**. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117461>. Acesso em: 01 de maio 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 de março de 2020.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 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: 26 de março de 2020.

CAIXETA, Fernando. **Mulheres negociam barriga de aluguel em grupos de facebook e WhatsApp**. MetrÓpole. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/mulheres-negociam-barriga-de-aluguel-em-grupos-de-facebook-e-whatsapp>. Acesso em: 21 de abril de 2020.

CHAVES, Marianna; DANTAS Eduardo. **Aspectos Jurídicos da reprodução humana assistida**: comentários à resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2020.



DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A NOVA FILIAÇÃO: O Biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GHADIR, Shahin; AMBARTSUMYAN, Gayane; DECHERNEY, Alan H. (org.). Infertilidade. In: DECHERNEY, Alan H.; NATHAN, Lauren; LAUFER, Neri; ROMAN, Ashley S. **CURRENT: diagnóstico e tratamento**. Diagnóstico e Tratamento. 11. ed. [s.l]: Amgh Editora Ltda, 2014. p. 879-888.

GUILHERMENUCCI, **analogia in malam partem**. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/analogia-in-malam-partem>. Acesso em: 23 de abril de 2020.

HABERMAN, Clyde. **Baby M and the Question of Surrogate Motherhood**. The new York times. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/03/24/us/baby-m-and-the-question-of-surrogate-motherhood.html>. Acesso em: 23 de abril de 2020.

HOGEMANN, E. R. **Conflitos Bioéticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

LEMOS, Vinicius. **'Carrego seu filho por R\$ 100 mil': o mercado online da barriga de aluguel**. BBC. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42573751>. Acesso em: 21 de abril de 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13º Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PARENTAGE SURROGACY. **HCCH**. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>. Acesso em: 23 de abril de 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. Ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PASSOS, Leticia. **Fertilização in vitro cresceu 168% nos últimos anos**. **VEJA**. 25 de julho de 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/fertilizacao-in-vitro-cresceu-168-nos-ultimos-7-anos/>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2020.

POVO, Correio do. **Brasil é líder em reprodução assistida na América Latina**. 15 de janeiro de 2020. Disponível em:

<https://www.correiodopovo.com.br/vivabem/brasil-%C3%A9-l%C3%ADder-em-reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida-na-am%C3%A9rica-latina-1.393143>. Acesso em: 08 março 2020.

**NOTAS:**

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail:* [karolainefreitas08@gmail.com](mailto:karolainefreitas08@gmail.com)

[2] Orientador Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. E-mail: [jscostadireito@gmail.com](mailto:jscostadireito@gmail.com)

[3] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA

## **RESTRIÇÃO OU SUSPENSÃO DE VISITA AOS FILHOS MENORES COMO HIPÓTESE DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

**WILTON MAGALHÃES SANTOS:**  
bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

**LUANA CRISTINA MARTINS SILVA LINO**<sup>[1]</sup>  
(coautora)  
**JOÃO SANTOS DA COSTA**<sup>[2]</sup>  
(orientador)

**RESUMO:** Este estudo objetiva pesquisar a restrição ou suspensão de visita aos filhos menores como hipótese de alienação parental, investigando-se desde a aplicação do impedimento à sua correlação com este fenômeno à luz da Lei nº 11.340/06. A pesquisa foi realizada com foco em identificar os fatores contribuidores para aplicação desta medida de urgência e as causas de constatação da alienação parental. Destacam-se na pesquisa a análise do afastamento paterno-infantil involuntário nos termos da Lei Maria da Penha, demonstrando os interesses tutelados e as consequências do afastamento, além de apontar as hipóteses de incidência e prevenção da alienação parental, bem como dos seus efeitos. Também se salienta a correlação do afastamento paterno-infantil involuntário com a alienação parental, mostrando seus reflexos. Os dados coletados levaram a considerar a alienação parental como motivo do pedido de afastamento pelo alienador, constatando-se na convivência familiar ou em relações conjugais desfeitas, sendo necessário estudo mais abrangente para sua confirmação. O estudo serve como proposta de análise da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 e contribuição crítica ao teor punitivo da medida restritiva de afastamento paterno-filial, ponderando-se sobre seus efeitos, com vistas ao fim para o qual ela foi criada, a proteção das vítimas de forma preventiva e educativa. Foi utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica qualitativa, realizada em livros, artigos, jurisprudência e sites.

**Palavras-chave:** MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA, ALIENAÇÃO PARENTAL, AFASTAMENTO PATERNO-INFANTIL INVOLUNTÁRIO

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 O AFASTAMENTO PATERNO-FILIAL INVOLUNTÁRIO: uma análise à luz da Lei nº 11.340/06. 2.1 Os interesses tutelados pela Lei nº 11.340/06: a proteção da mulher e dos dependentes. 2.2 O afastamento do lar, domicílio ou local de convivência no âmbito da Lei nº 11.340/06: a suspensão ou restrição do direito de visitar. 3 A ALIENAÇÃO PARENTAL: hipóteses de incidência e prevenção. 3.1 A incidência da alienação parental nos limites de sua disciplina legal. 3.2 Os efeitos da alienação parental e as medidas de prevenção ou tratamento. 4 O

AFASTAMENTO PATERNO-FILIAL INVOLUNTÁRIO E SUA CORRELAÇÃO COM A ALIENAÇÃO PARENTAL. 4.1 Reflexos do afastamento paterno-filial involuntário. 4.2 A alienação parental e sua correlação com a suspensão ou restrição do direito de visitas. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## **1 INTRODUÇÃO**

Este estudo apresenta uma abordagem no âmbito da violência doméstica disciplinada pela Lei nº 11.340/06, com vistas à investigação do instituto jurídico da medida protetiva de urgência da restrição ou suspensão de visita, analisando esse pedido de afastamento a fim de que se constate a incidência da alienação parental.

O tema de pesquisa neste estudo se deu pela constatação do aumento de violência praticada contra mulher no ambiente da convivência familiar e as circunstâncias que a envolvem, como os tipos de violência, os sujeitos amparados pela lei específica e a atuação do Estado como resposta à sociedade a esses episódios; que por meio de alterações nas legislações brasileira ampliou os mecanismos de proteção dessas vítimas e as possibilidades de punição impostas ao agressor.

Para o desenvolvimento do tema foi feita uma pesquisa bibliográfica de método dedutivo, sendo feita no primeiro capítulo uma análise do afastamento paterno-infantil involuntário sob a ótica da lei Maria da Penha, abordando os interesses tutelados e as consequências do impedimento. Posteriormente, a pesquisa foi direcionada a apontar as hipóteses de incidência e prevenção da alienação parental. Por fim, fez-se a correlação do afastamento paterno-infantil com a alienação parental, mostrando seus reflexos.

## **2 O AFASTAMENTO PATERNO-FILIAL INVOLUNTÁRIO: uma análise à luz da Lei nº 11.340/06**

### **2.1 Os interesses tutelados pela Lei nº 11.340/06: a proteção da mulher e dos dependentes**

A Lei nº 11.340/06 é uma norma jurídica especial de proteção às mulheres cujo objetivo principal é defendê-las de agressões que ocorram no ambiente familiar, pois das diversas situações de violência as quais as mulheres são submetidas a de maior prevalência é a doméstica, conforme assevera (LETTIERE, NAKANO e RODRIGUES, 2008).

De acordo com o que fora explanado pelos autores anteriormente, percebe-se na Lei Maria da Penha a clara finalidade de sua criação, a de garantir a tutela dos

interesses das mulheres vítimas de violência doméstica e de seus dependentes, pois isso é possivelmente perceptível no seu art. 1º, que disciplina:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

O posicionamento de Lettiere, Nakano e Rodrigues traduzem bem a literalidade do dispositivo ora mencionado, restando claro que os sujeitos de proteção da Lei nº 11.340/06 são as mulheres e seus filhos menores, quando expostos às situações de violência no âmbito familiar, e cujo objeto de tutela é a proteção destes, sendo possível por meio da adoção de medidas estruturadas e capazes de se fazerem cessar todos os tipos de violência por eles suportados.

Outro fator importante desta Lei específica (Maria da Penha) é o fato de sua recepção pela carta magna, estando explicitada sua adoção com base nos direitos fundamentais, em especial o princípio norteador de todos os princípios, o da dignidade da pessoa humana, como consta no art. 1º, III, da CF/88.

Assim, como o Brasil é um país que tem como modelo de Estado o regime Democrático de Direito, cuja união não permite sua dissolução, em observância a este ditame Constitucional são responsáveis pela dignidade da pessoa humana todos os entes que constituem este regime, ou seja, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, devendo, portanto, respeito aos direitos e garantias fundamentais abarcados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A violência doméstica é, portanto, um total desrespeito à dignidade humana dessas mulheres, segundo demonstra Vasconcelos (2018), mencionando o caso de sofrimento humilhante suportado por uma farmacêutica brasileira que contou seu drama a uma revista, o que proporcionou que chegasse ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Começava assim, o surgimento de uma luz para se proteger as mulheres vítimas de violência doméstica, pois a história de vida de Maria da Penha teve repercussão internacional, como se mostra na pesquisa de Lima e Júnior (III, CONEDU, 2016), que retrata a formalização de uma denúncia por esta em conjunto com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). Tal atitude resultou num relatório o qual condenou o Brasil perante estes órgãos de se omitir nos casos de violência contra a mulher.

Diante desta situação, o Estado brasileiro se viu cobrado a criar mecanismos repressivos e preventivos em situações que envolvessem violência doméstica, culminando, assim, na criação da Lei nº 11.340/06, que garante medidas de proteção de vítimas submetidas a esse tipo de violência.

Ressalta-se, ainda, que a violência doméstica é o tipo de violência de maior prevalência, como fora afirmado por Lettiere, Nakano e Rodrigues, pois deixa marcas físicas e emocionais irreparáveis, impactando na socialização dessas vítimas com a sociedade nas relações sociais estabelecidas em diferentes ambientes sociais, devendo o Estado possibilitar seu acompanhamento por profissionais de diversas áreas para que se minimize esses impactos.

Quando a denúncia é levada ao conhecimento da autoridade policial ela ganha forma processual, sendo possível a adoção de diferentes providências como afirma Gomes e Bianchini (2007), a Lei nº 11340/06 representa um enorme avanço no ordenamento jurídico brasileiro no combate a violência doméstica, agilizando as sanções impostas pelo Estado ao agressor com eficiência e fazendo alterações nos dispositivos do Código Penal Brasileiro, como acontece com a previsão de sua de prisão preventiva e em flagrante, disposto no art. 313, III, CPP:

Art. 313 Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

III se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Como afirmado anteriormente por Gomes e Bianchini, essa possibilidade de sanção se tornou possível devido às alterações realizadas na legislação brasileira em decorrência da violência doméstica, possibilitando que o agressor cumpra prisão pré-processual, a fim de impedi-lo de ser um obstáculo à efetividade das medidas adotadas,



Conforme a literatura da revista Faap-Juris (2013, p 15), revela-se a exteriorização do princípio constitucional de acesso à justiça quando, existindo a violência doméstica e feita a denúncia pela vítima, a Lei nº 11340/06 admitirá a concessão imediata das medidas protetivas de urgência, que se dá com impulso da autoridade policial, encaminhando no prazo estabelecido ao magistrado para que ele a conceda, como consta do texto do art. 12, III da referida lei:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência.

De acordo Lima (2015), as providências previstas nesse artigo não se esgotam, uma vez que a lei prevê a aplicação complementar do Código de Processo Penal quanto as providências a serem tomadas pela autoridade policial, existindo, assim, uma aplicabilidade subsidiária dos Código Processual Civil, Penal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Resta salientar que essas medidas concedidas pelo magistrado são proibitivas, ou seja, independe da vontade daquele a quem ela é imposta, incorrendo em outras medidas no caso do seu descumprimento, conforme o entendimento de Freire (2006, p. 24), que vê a obrigatoriedade dessas medidas protetivas de urgência na Sessão II e III do Código de Processo Civil.

Ainda, na lição de Freire (2006), o perfil desse público de violência doméstica e familiar é feito a partir dos dados coletados no momento em que procuram atendimento médico em unidades de saúde, sendo constatado que a maioria é adulta, que vão em busca de ajuda para tratarem das lesões sofridas mesmo sem as relatar.

Freire (2006) constatou, ainda, que em se tratando de vítimas de violência doméstica acometida contra crianças e adolescentes, a maior parte não se socorre do atendimento nas unidades de saúde, por serem dependentes do seu agressor, sendo em muitos casos o próprio responsável legal, e portanto, quem tem o dever de levá-las para que recebam o devido atendimento, mas que não o fazem por receio de serem responsabilizados em decorrência de sua conduta praticada contra sua própria prole.

Na lição de Garbin e Dossi (2006), de modo geral a violência suportada por esses menores é denunciada à polícia por seus familiares, professores ou vizinhos que diante do conhecimento do delito se sensibilizam com a situação desses incapazes.

Essa situação só demonstra o medo que tem o agressor de levar seu dependente agredido para receber atendimento médico, pois assim estaria suscetível de identificação como sendo autor da violência, o que possibilitaria a imediata aplicação da medida protetiva de afastamento do menor.

Por fim, tendo compreendido que a Lei nº 11.340/06 é aplicada em conjunto com outras Leis, pois estas se aplicam como complemento àquela, não restam dúvidas de que o afastamento se dá contra a vontade do agressor, como meio de garantir a proteção das mulheres e de seus filhos menores que sofrem violência no âmbito familiar, tendo como amparo legal as medidas restritivas disciplinadas pela Lei Maria da Penha e a garantia de proteção dos dependentes menores pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em consonância com o princípio da proteção integral.

## **2.2 O afastamento do lar, domicílio ou local de convivência no âmbito da Lei nº 11.340/06: a suspensão ou restrição do direito de visitar**

Dentre as medidas protetivas de urgência tem-se o impedimento do agressor de visitar sua prole, visando resguardar a integridade física e psíquica tanto das mulheres quanto a de seus dependentes, cuja proibição está disposta no art. 22, IV, da Lei nº 11.340/06:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

IV - Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar.

Na concepção de Porto (2014. Pg. 117), a aplicação dessa medida parece ser acertada nos casos em que o agressor pratica a violência contra sua prole, sobretudo nos casos de violência sexual, tortura ou maus-tratos, sendo, porém, desnecessária aplicá-la quando a violência é direcionada à mulher, devendo, portanto, haver a restrição quanto ao local e data.

Depreende-se do ensinamento de Porto que deve existir uma ponderância quanto à aplicação da restrição de visita, não devendo esta prosperar quando a violência não for dirigida aos menores, devendo, portanto, ser aplicada a medida de afastamento do lar, sendo controlado pelo juiz o exercício do direito de visitar com observância aos dois requisitos apontados anteriormente, violência sexual, tortura ou maus-tratos.

Essa medida de afastamento que se mostra razoável à situação exposta é a disciplinada pelo art. 23, III, da Lei Maria da Penha, cujo texto é o seguinte:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos.

No tocante ao inciso III, do art. 23, da Lei nº 11340/06, as condutas nele tipificadas impõe ao agressor não se aproximar da vítima, sendo fixado pelo magistrado um parâmetro limítrofe mínimo de distância entre a ofendida e seu agressor, determinando, ainda, a proibição de qualquer tipo de contato pelos meios de comunicação existentes.

Nesse contexto, Dias entende que:

Outra forma de impedir o contato entre agressor e ofendida, seus familiares e testemunhas é fixar limite mínimo de distância de aproximação (art. 22, III, a). Para isso o juiz tem a faculdade de fixar, em metros, a distância a ser mantida pelo agressor da casa, do trabalho da vítima e do colégio dos filhos (DIAS, A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, 2008, p. 85).

O dispositivo trazido por Dias nos leva a perceber que a Lei Maria da Penha dispõe de várias maneiras para que se faça manter o distanciamento entre agressor e vítima. Desta forma, o afastamento do lar é uma medida que se mostra eficaz na proteção da agredida, uma vez que seu agressor não estará mais em sua convivência.

Na lição de Bianchini, a imposição do afastamento pela Lei nº 11.340/06 ao agressor visa reduzir os riscos de futuras agressões, além de contribuir na manutenção da integridade física e emocional da vítima:

A retirada do agressor do interior do lar, ou a proibição de que lá adentre, além de auxiliar no combate e na prevenção da violência doméstica, pode encurtar a distância entre a vítima e a Justiça. O risco de que a agressão seja potencializada após a denúncia diminui quando se providencia para que o agressor deixe a residência em comum ou fique sem acesso franqueado a ela (BIANCHINI, Lei Maria da Penha: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero, 2013, p.167).

A violência doméstica pode ser cessada com o afastamento do lar ou do local de convivência familiar tanto da vítima quanto do agressor. Essa medida deve ser aplicada observando-se as peculiaridades de cada caso, objetivando-se sempre a proteção da vítima.

A medida de afastamento involuntário do lar também é disposta no inciso II, do art. 22 da Lei nº 11.340/06, porém, entende-se que quando o acusado da prática de violência física, psicológica, moral, sexual e patrimonial, estando cumprindo a determinação de afastamento, mas que, passados 30 dias de sua efetivação sem que se tenha tido o ajuizamento da ação, pode gerar sua ineficácia, devendo, portanto, o agressor retornar ao local de convivência e familiar, (FAAP-JURIS, 2013, p.15).

No caso da ocorrência dessa situação, como forma de continuar garantindo a proteção das vítimas, tem-se também a possibilidade de aplicação do art. 35 da Lei Maria da Penha, senão vejamos:

Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

[...]

II - Casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar.

Sendo assim, estando a ofendida e seus filhos nesses estabelecimentos públicos e havendo o regresso do agressor ao domicílio, a manutenção da segurança dessas vítimas não se mostrará comprometida.

Conforme assevera Cardoso e De Brito (2015, p. 531), quando avaliada essa medida de afastamento sob à ótica da psicologia jurídica nas famílias em dissenso, é possível observar situações de cerceamento ou suspensão do convívio paterno-filial em decorrência de agressão, onde o genitor é penalizado a sair do lar familiar, ficando, assim, impedido do convívio com as vítimas e seus familiares, ou mesmo suportar a suspensão ou restrição de visita aos filhos memores.

Ainda ensinam Cardoso e De Brito que, como a concessão dessas medidas ocorrem em caráter cautelar, e cujo objetivo é de prevenir que aconteçam novos incidentes, posteriormente as partes que no primeiro momento tiveram sua demanda atendida nas Varas Criminais podem ter orientação de se socorrem das Varas de Família, buscando solucionarem questões envolvendo principalmente as que se tratem do direito dos filhos menores.

No entanto, enquanto as partes não tomam a decisão de procurarem o órgão competente para conduzir e dá solução ao seu impasse, o lapso temporal da medida de afastamento poderá acarretar prejuízo no convívio paterno-filial enquanto perdurarem os efeitos durante sua vigência.

Ocorrendo essa situação, Cardoso e De Brito relatam que é possível enxergar a vinculação que fazem as mulheres de sua história conjugal com as questões afetas à parentalidade, sendo constatado quando há determinação de avaliação do caso por equipe composta por profissionais de diferentes áreas de atuação atuante na Vara da Família.

Nesse cenário, mostra-se de grande importância a atuação dessa equipe multidisciplinar, pois poderão emitir laudos atestando os efeitos decorrentes da restrição ou suspensão de visita, constatando-se, inclusive, uma possível incidência de alienação parental.

Diante disso, foi possível perceber que a Lei Maria da Penha contém muitos dispositivos que apenam o agressor ao mesmo tempo que protegem suas vítimas, possibilitando a aplicação da medida de afastamento do lar ao invés do impedimento de visita aos filhos menores, pois o afastamento impede a convivência entre agressor e vítima, evitando futuras agressões, no entanto, como observado, a proibição de visita pode prejudicar o convívio entre genitor e sua prole.

### **3. A ALIENAÇÃO PARENTAL: hipóteses de incidência e prevenção**

### **3.1 A incidência da alienação parental nos limites de sua disciplina legal**

A Lei nº 12.318/10, que dispõe sobre alienação parental, veio no intuito de garantir a proteção da criança alienada e a contenção destes atos ainda nos estágios iniciais. Também, cita ações que podem ser caracterizadas como alienação parental em um rol exemplificativo, bem como da necessidade de atitudes do poder judiciário nesses casos.

Em alguns países, assim como no Brasil, geralmente a guarda do menor é dada à genitora, o que na maioria das vezes acaba gerando desconforto no ex-cônjuge. O genitor possui o direito de visitar seu filho, mas por se encontrarem no fim da relação conjugal, a genitora se põe a utilizar o filho menor em comum do casal como instrumento de vingança, na intenção de atingir seu ex-companheiro, e até mesmo a criança, induzindo-a a mudar seus pensamentos em relação ao outro genitor.

Verifica-se que os casos de alienação parental se mostram presentes, na grande maioria, ligados à dissolução do vínculo conjugal. Quando acontece o rompimento da relação, um dos genitores permanece com a guarda unilateral do filho, passando a fazer uma verdadeira campanha de rompimento dos laços de afeto que une a criança ao seu outro genitor, infringindo, assim, direitos da criança e do adolescente, como o da convivência familiar, respeito à condição de pessoa em desenvolvimento e do melhor interesse da criança (DUARTE, 2010, s/p).

Apesar de a guarda do menor se manter inicialmente com a mãe nas situações que envolvem desfazimento de relações conjugais, e o outro genitor se vê com problemas no acesso à criança, decidindo procurar ajuda judicial para que se façam valer seus direitos oriundos do poder familiar, o posicionamento dos tribunais nesses casos vêm sendo sempre de decidir com observância ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010 trouxe a respectiva caracterização e a coibição desta prática, no seu artigo 2º, que passa a expor:

Art. 2º. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança e do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança e o adolescente em sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie o genitor ou que cause prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.



Diante dessa situação cabe o genitor alienado observar os atos do alienador e também o comportamento da criança, para que o mais cedo possível se tome algum tipo de providência e comece a intervir, e com isso reconstruir o vínculo afetivo com o menor.

Como fora mencionado, a guarda do menor fica sob responsabilidade da mãe, no entanto, cabe frisar que, mesmo quando os genitores se encontram convivendo juntos, o menor tem chance de ser vítima dessa prática, visto que o alienador tem características diferenciada, pois sua maneira de agir é de forma silenciosa, sendo possível sua constatação a partir de acompanhamento por profissional especializado na área, que poderá emitir laudo técnico comprovando a incidência da alienação parental.

Neste sentido, discorre Dias:

De um modo geral é o guardião – normalmente a mãe – quem monitora o tempo e o sentimento da criança. Mas nem sempre, é ela quem desencadeia verdadeira campanha para desmoralizar o outro. Tal pode ser levado a efeito por quem não detém a guarda e mesmo por outros parentes. Aliás, mesmo enquanto o casal vive junto, é possível identificar práticas alienadoras de um genitor contra o outro (DIAS, Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça insiste em não ver, 2010, p. 16).

Quanto a criança que é vítima da alienação parental, esta acaba desenvolvendo um perfil de hostilidade em face do genitor, eis que o fenômeno denigre a imagem do mesmo, que se mostra por meio de contos de mentiras pelo alienador, histórias estas que não passam de simples metas para atingir o alienado e de maneira inconsciente a si mesmo.

A prática da alienação parental viola o direito fundamental do menor, em alguns casos se equiparando a uma agressão moral em face dele, na medida em que impede seu crescimento saudável, causando modificação psicológica no seu convívio familiar, conforme o artigo 3º da Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010.

Art. 3º. A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente

e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Sendo assim, as penalidades aplicáveis ao alienador se mostram com teor meramente de natureza educativa, preventivo e de proteção ao menor, não cabendo nenhuma punição na esfera penal, pois, por ser a alienação parental de difícil caracterização, seria infalível tipificar tal conduta.

Dessa forma, a equipe multidisciplinar composta por profissionais de diversas áreas que trabalham nas Varas de Família auxiliando o Poder Judiciário, precisam ter atenção redobrada afim de que não seja dado tratamento de vítima ao agressor. Ou seja, numa situação em a equipe multidisciplinar atenda uma família na qual o alienador esteja se fazendo de vítima, esses profissionais devem redobrar a atenção nessa situação, afim de que se identifique o verdadeiro agressor, impedindo defendê-lo, uma vez que este se mostra o genitor que de fato está violando os direitos da criança, por entender se tratar de alienação parental.

Ainda é possível se observar, em estágio avançado, a incidência da alienação parental em casos de abuso sexual, onde o alienante implanta falsas memórias na mente da criança, fazendo-a acreditar que foi violentada pelo pai, ocasionando, assim, que o menor rompa os vínculos afetivos com seu genitor.

O método utilizado pelo alienante nesses casos é de mencionar o fato de forma contínua para a criança, levando-a a acreditar que o episódio narrado pela mãe é verdadeiro.

Porém, a cautela se mostra necessária nesses casos, pois há de se considerar que realmente existiu o abuso da criança, e o agressor pode enxergar na alienação parental um artifício para mascarar o ato infracional por ele cometido, tentando inverter o status de agressor para vítima.

O mesmo entendimento é defendido por Dias, que assim se posiciona:

A falsa denúncia de práticas incestuosas tem crescido de forma assustadora. Essa realidade perversa pode levar a um injustificado rompimento de vínculo de convivência paterno-filial. Mas há outra consequência ainda pior: a possibilidade de identificar como falsa denúncia o que pode ser uma verdade. Nos processos que envolvem abuso sexual, a alegação de que se trata de alienação parental tornou-se argumento de defesa. Invocada como excludente de criminalidade, o abusador é

absolvido e os episódios incestuosos persistem (DIAS, Incesto e o mito da família feliz 2013, p. 271).

Por existir a possibilidade de inversão da acusação pelo agressor, percebe-se o quão importante se faz o acompanhamento das vítimas por profissionais especializados na área, para que se consiga extrair as informações verdadeiras da cabeça da criança, evitando, assim, decisões que comprometam ainda mais a saúde desse menor e deixar impune os verdadeiros culpados.

### **3.2 Os efeitos da alienação parental e as medidas de prevenção ou tratamento**

Tendo como base as penalidades passíveis de aplicação, reunir com os elementos de provas que signifique que o menor esteja sofrendo danos psicológicos, dependendo da gravidade do caso o juiz pode suspender as visitas do responsável alienador, com objetivo de evitar maiores danos à criança.

Contudo, procura-se investigar se a suspensão das visitas do alienador é benéfica ou maléfica ao menor. Na maioria dos casos, o menor não consegue identificar isso como algo ruim, pois tem um grande afeto pelo alienador, gerando um grande medo de perdê-lo, tendo em vista que o genitor não possui a afeição pretendida.

Portanto, necessário que se tenha cautela, pois de uma certa forma, ao tentar restringir o alienador, posteriormente irá atingir o menor.

Abordando as suspensões de visitas, tem-se a seguinte lição de Dias:

Suspender as visitas ocasionará prejuízos emocionais ao filho, e, para evitar risco de danos reais, torna-se necessária a determinação de visitas supervisionadas. Mister que a visitação seja levada a efeito do modo menos traumatizante possível. Pouco recomendável que seja estabelecida na sede do fórum ou nas dependências do conselho tutelar, ambientes estranhos e de todo inadequados. Melhor atende aos interesses da criança que seja acolhido um local que seja familiar, de preferência na casa de parentes, amigos ou vizinhos (DIAS, Manual de Direito das Famílias, 2006, p. 365).

A suspensão de visitas do alienador pode causar na criança um abalo psicológico, passando a odiar ainda mais o outro genitor, tal decisão pode acarretar prejuízo em sua reabilitação psicológica da alienação parental. Deste modo, a

preferência para se evitar esta situação é condicionar visitas supervisionadas do alienador, visando garantir e prevenir que o alienador venha cometer novas práticas de alienação parental.

Ainda no bojo das visitas supervisionadas, em sede de agravo de instrumento, assim decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS PATERNAS. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. O direito de visitas, mais do que um direito dos pais constitui direito do filho em ser visitado, garantindo-lhe o convívio com o genitor não-guardião a fim de manter e fortalecer os vínculos afetivos. Evidenciado o alto grau de beligerância existente entre os pais, inclusive com denúncias de episódios de violência física, bem como acusações de quadro de síndrome da alienação parental, revela-se adequada a realização das visitas em ambiente terapêutico. Agravo de Instrumento Parcialmente Provido (TJ/RS, Agravo de Instrumento nº 70028674190, Des. André Luiz Planella Villarinho, j.15/04/2009).

A adoção de visitas supervisionadas é um caminho para extinguir a prática da alienação parental, mostrando-se ser a maneira menos gravosa para a criança, pois proporciona o reestruturamento do vínculo familiar que se encontra abalado. Dessa forma, cabe ao Estado por meio de decisões dos magistrados, aplicá-las aos casos que incluem esta conduta, e assim, garantir ao menor o direito à convivência familiar.

Mecanismos de se prevenir a incidência da alienação parental também se mostram possíveis e eficazes com suas adoções no ambiente escolar, a ser realizado em conjunto entre instituição de ensino, seus colaboradores, pais e Estado. A serem implementadas com a essencial participação dos psicólogos escolares em consonância com a Lei de Diretrizes e Bases para a Educação Nacional (BRASIL, 1996), atuando com as Referências Técnicas para a atuação de psicólogas(os) na educação básica (CFP, 2013).

Por participação essencial do profissional da psicologia nas escolas, tem-se o seguinte entendimento de Jesus e Cotta (2016 apud CHECCHIA E SOUZA, 2003; CFP, 2013; OLIVEIRA, 2014):

Portanto, por meio de uma visão integrada do sujeito, o profissional da Psicologia Escolar contribui para o

desenvolvimento psíquico, histórico, social, e cultural de toda a comunidade escolar e, nos casos em que as crianças estejam sendo submetidas a uma alienação parental ou a violações de qualquer outra ordem, é importante o olhar atento do psicólogo oferecendo acolhimentos individuais e encaminhamentos a outros profissionais especializados, caso a criança ou os genitores desejem e/ou necessitem. Além disso, o profissional deve acompanhar o desenvolvimento dessas crianças, tentando identificar os déficits e potencialidades frente à situação de alienação, atentando-se para que a criança não entre em um processo de culpabilização pelo fracasso escolar e pela fragilização de seus vínculos familiares (JESUS e COTTA apud CHECCHIA e SOUZA, 2003; CFP, 2013; OLIVEIRA, 2014)

Nessa conjuntura, por ser o psicólogo um profissional que detém do conhecimento nas relações, ele é uma peça fundamental a ser utilizada pela sociedade escolar, atuando dentro do que se propõe a escola no combate a alienação parental, aplicando as técnicas certas reguladas pelo referido manual profissional, obtendo, assim, resultados satisfatórios na identificação e prevenção desse mal que destrói famílias e mentes.

De acordo Silva (2012), quando feito um acolhimento pelo profissional especializado, isso se mostra fundamental na ocorrência de aproximação entre criança ou do adolescente e parente alienado, sem que isso acarrete no afastamento da figura alienadora, pois o sentimento de raiva e culpabilização desta podem também se desenvolver.

Essa interação poderá possibilitar na criança, que elabore um cenário com os problemas psíquicos relacionados com situação emocional na qual está inserida, além de proporcionar a solução desses problemas e uma aproximação dos vínculos afetados.

Conforme discorre Da Silva e De Andrade em "Alienação Parental – Uma nova Lei para um velho problema", o advogado como operador do direito e sujeito essencial à justiça, tem seu papel na prevenção desse fenômeno, e em se tratando de alienação parental recíproca, com ajuda de profissionais da Psicologia, terá condições de identificar os erros que seu próprio cliente está cometendo, devendo ajudá-lo a resolver essas falhas e fazer cessar suas condutas contrárias à Lei.

Portanto, fica evidenciado que alienação parental ocasiona confusão na cabeça do menor, prejudicando seu psíquico, dada a inserção de falsas memórias e o apego afetivo com um ou ambos genitores em situação de afastamento de um destes. E neste caso, a medida que se mostra acertada é a visita supervisionada, pois previne o cometimento de futuras práticas que o lesionariam, além de influenciar no seu convívio familiar, estando, assim, em consonância **com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.**

#### **4.O AFASTAMENTO PATERNO-FILIAL INVOLUNTÁRIO E SUA CORRELAÇÃO COM A ALIENAÇÃO PARENTAL**

##### **4.1 Reflexos do afastamento paterno-filial involuntário**

No momento em que há separação do casal, um dos consortes fica com a guarda unilateral do filho, com isso, torna-se possível a visitação pelo não guardião, pois é um direito que decorre do poder familiar, que não se extingue com a separação dos pais.

A manutenção do exercício do poder familiar quando se finda uma relação conjugal, se mostra como motivo de conflitos pela não aceitação dessa situação, e conseqüentemente transferência de traumas para o filho.

Acerca deste entendimento, Dias assim esclarece:

[...] muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor (DIAS, Síndrome da alienação parental, o que é isso, 2006).

Muitas vezes, as distorções provocadas pelo genitor alienante são tão severas que este chega alegar que a criança sofreu maus tratos pelo genitor alienado, fazendo com que a própria criança acredite nessa história, vivenciando essa tão cruel fantasia com o simples propósito de separar pai e filho. O alienador "educa" os filhos no ódio contra o outro genitor, seu pai ou sua mãe, até conseguir que eles, de modo próprio, levem a cabo esse rechaço, conforme o entendimento de Trindade (2007, p.102).



Esse sentimento implantado no genitor guardião pela não aceitação do fim do relacionamento, faz com que ele arquitete e execute manipulações na mente da criança contra seu ex-cônjuge, porém, sua intenção pode se dá em dois sentidos, na intenção de afastá-lo por completo ou de fazê-lo repensar sua decisão e reatarem o vínculo conjugal.

Deste modo, o direito de visitas deve perseverar, haja vista que objetiva prevalecer o direito à convivência do menor com o genitor, uma vez que esta modalidade assegura os vínculos afetivos do menor por este parente e impede a cessação desta relação.

Segundo preleciona Gonçalves, tem-se:

Com o intuito de garantir a integridade física do menor, as visitas devem se amoldar diante das variadas situações, pois compete ao magistrado resguardar a criança e o adolescente de toda e qualquer forma de agressão que possam vir a ser praticadas por seus responsáveis (GONÇALVES, Direito Civil Brasileiro: Direito de Família, 2012).

Com isso, a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, visa fortalecer o direito fundamental da convivência familiar, ou seja, reprimir o alienador é uma consequência da efetivação deste direito.

De modo que a guarda passe a ser uma solução viável com o propósito de se evitar que a confrontação entre eles incida em disputa pelo filho, na utilização da “posse” deste como objeto de vingança. “Entre si, mas, sobretudo, tiranos em relação aos filhos, porque utilizam a criança como instrumento de ataque ao outro” (Molinari e Trindade, 2014, p. 24).

A importância de ambos os genitores na vida do filho, e a dificuldade emocional de alguns deles de aceitar tal condição, vindo a implicar um processo de alienação parental, causando grandes proporções, chegando ao extremo de haver falsas acusações de abandono e abuso sexual.

O Judiciário, diante da gravidade das acusações e a fim de proteger a criança, acaba por distanciar imediatamente os filhos do genitor alienado, por vezes estabelecendo um contato monitorado, ficando estes à mercê das acusações infundadas do alienador. “A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer.” (DIAS, 2008, p.105)

Gonçalves, Saraiva e Guimarães ensinam o seguinte a respeito dos efeitos do regime de guarda monoparental no que tange à situação do visitante não guardião e do afrouxamento dos laços entre este e o filho:

A visitação é comumente transformada em arena crítica para a redefinição de vínculos de poder e de intimidade entre os ex-cônjuges, bem como para a redefinição dos papéis parentais. Além disso, os pais alegam que uma das causas frequentes de baixa visitação é ligada a experiências penosas e estressantes que decorrem das dificuldades de contato com os filhos e ex-cônjuges... Estas dificuldades aumentam à medida que o tempo passa, e só a visitação, em detrimento do convívio mais frequente, faz com que eles percam a intimidade e vão se desapegando (GONÇALVES, SARAIVA e GUIMARÃES, 2017 apud ROBLES, 2008).

Contudo, o que se sabe é que, assim como a criança, o genitor alienado também é uma das vítimas da Síndrome da Alienação Parental. Isso porque, em que pese inicialmente a tentativa de se reverter o quadro de alienação instaurado, posteriormente, começa a sofrer com um tipo de stress pós-traumático criado pelas rejeições, agressões e humilhações que se acumulam, o que prejudicará seu sono, pois ocupará negativamente seus pensamentos e se estenderá às outras esferas de sua vida, causando-lhe problemas também na esfera profissional, em suas relações sociais e até uma eventual nova relação conjugal.

De tal modo, o Código Civil de 2002, demonstra cuidar de maneira minuciosa dos direitos e obrigações inerentes à relação de paternidade/maternidade e filiação, protegendo e mediando o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes. Também não descuida de resguardar o direito dos pais, como, por exemplo, em caso de separação, a continuidade da convivência com os filhos deve ser assegurada, ou seja, a guarda.

#### **4.2 A alienação parental e sua correlação com a suspensão ou restrição do direito de visitas**

Diante de vários desentendimentos entre ex-companheiros sobre a guarda dos filhos, vem tornando-se cada vez mais difícil aos genitores não guardiões conviverem com os menores após o desfazimento da relação conjugal, o que se deve em algumas situações, à atuação de profissionais que operam diretamente com disputas no âmbito dos juízos de família, que se utilizando da Lei para defender os

interesses do seu cliente, pode lograr êxito e, assim, impedir ou dificultar o convívio entre genitor não guardião e seu dependente.

Nesse ponto de vista, tem sido muito importante a Lei nº 12.318/2010, a qual tipifica a alienação parental, ou melhor, cria uma mescla de conduta jurídica e distúrbio psíquico que estaria presente em situações de disputa de guarda de menores de idade. Além do mais, a Lei lista uma série de medidas judiciais que podem ser atribuídas ao genitor que influencia o(s) filhos à alienação, o chamado alienador.

Nesse cenário é indispensável falar sobre alienação parental e não mencionar Gardner, psiquiatra norte-americano, que foi o primeiro a definir a síndrome da alienação parental (SAP).

Segundo Gardner (Journal of Divorce & Remarriage, volume 28 (3/4), 1998, p.1-21), é “um distúrbio de criança que surge quase que exclusivamente em disputas de custódia, onde um dos pais (geralmente a mãe) programa a criança para odiar o outro genitor (geralmente o pai). No qual um genitor era considerado “alienador” e o outro como “alienado”

Assim, com o passar do tempo, poderia haver não apenas a extinção da relação da criança com o genitor alienado, mas também efeitos quando ela alcançasse a vida adulta como, por exemplo, problemas nas relações sociais.

Gardner estava convencido ainda que, alguém que foi vítima da alienação parental poderia manifestar ao longo da vida distúrbios psiquiátricos.

No que tange ao nomeado genitor alienador, Gardner o descrevia como alguém impulsionado por raiva em relação ao ex-cônjuge, não percebendo, com isso, os efeitos de seus comportamentos sobre os filhos. Em alguns casos, ainda segundo o psiquiatra, o alienador não aceitaria o fim do casamento, ou teria ciúmes do ex-parceiro, alimentando, assim, o desejo de vingança e, por conseguinte, a indução do(s) filho(s) à SAP. Mais além, Gardner defendia que a alienação poderia ser também um modo de vida, profundamente integrado à estrutura psíquica do alienador. Assim, em algumas situações, assegurava que a ruptura do casamento aliada a disputas judiciais poderia dar sequência à irrupção de transtornos psiquiátricos neste último.

Dessa forma, o principal efeito da alienação parental é o de afastar o genitor do convívio do filho, levantando meios prejudiciais ao menor. Já a síndrome de alienação parental está caracterizada mediante os atos da alienação parental.

Conforme o entendimento de Góis (2010), “a guarda dos filhos mesmo nos tempos atuais é determinada à mãe, razão essa pela qual se tem o maior número de incidência como genitor alienador desempenhado por elas”.

Ao analisar a conduta do genitor alienante tem-se uma das medidas para se reconhecer a alienação parental, perante atos como: denegrir a imagem do outro genitor, organizar várias atividades para o dia da visita, tomar decisões importantes a respeito do filho sem fazer uma consulta prévia ao outro genitor, dentre outras situações.

Apesar do rompimento conjugal e a ruptura do convívio diário, mesmo assim deve-se buscar uma aproximação, seja por meio de visitação semanal, seja o favorecimento de visitação livre, procurando sempre o bem-estar do filho para que o mesmo não seja o maior prejudicado. Porém, o alienador procura um afastamento imediato do genitor alienado e do filho, como forma de resposta para o sofrimento do rompimento sofrido por ele, o alienante.

No ensinamento de Alexandridis e Figueiredo, se extrai:

O contato entre o genitor que não detém guarda do menor, para com este vai muito mais além dos dias e horários em que foram estabelecidos direito de visitas. Pelo contrário, o contato do genitor com o seu filho tem que ser contínuo, presente, ainda que com a utilização de meios não presenciais, como o telefone e a internet (ALEXANDRIDIS e FIGUEIREDO, *Alienação parental*, 2011, p. 55).

Se a mãe, detentora da guarda, adota medidas que contribuem para a barreira que impede o convívio de forma frequente, isso se caracteriza alienação parental.

Uma das principais condutas praticadas pelo alienador, é deixar de revelar situações importantes a respeito da vida do menor para o genitor alienado. No intuito de cada vez mais provocar o afastamento deste genitor nos momentos de relevância para a criança e omitido pelo alienador. Como por exemplo: “deixar de informar que está doente”, ou até mesmo que está tendo dificuldade na escola.

Alinhado a este pensamento, Figueiredo e Alexandridis assim prelecionam:

Para uma criança ou adolescente, ter a impressão de que um de seus genitores não se importa com ele vai acarretar o seu natural afastamento e repulsa, contudo,

a falsa ideia manipulada na mente deste menor o foi de forma articulada pelo genitor alienador que objetivava este afastamento (internet (ALEXANDRIDIS e FIGUEIREDO, Alienação parental, 2011, p. 55).

O genitor alienador na busca pela vingança em face do genitor alienado, usa de falsa denúncia, seja a imputação de um abuso ou de maus tratos, com a intenção de dificultar a convivência com a criança.

[1] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI, junho de 2020.

2 Wilton Magalhães Santos, acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA. *E-mail: wiljitsudf@hotmail.com*

3 Luana Cristina Martins Silva Lino, acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA. *E-mail: luanamartins2010@hotmail.com.br*

4 João Santos da Costa, Me. em Direito, Orientador Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail: jscosta429@hotmail.com*

## 5 CONCLUSÃO

Os dados coletados para a confecção deste estudo contribuíram na investigação para qual ele se propôs, ou seja, identificar o fenômeno da Alienação Parental como hipótese do pedido de restrição ou suspensão de visitas aos filhos menores. Medida esta que se encontra abrangida pela Lei nº 11.340/06, também conhecida como Lei Maria da Penha em homenagem a responsável pela sua criação.

Assim, o Estado, já vindo de uma histórica convivência e omissão para estes casos e, tendo sido pressionado e cobrado por órgãos internacionais para que se adotasse medidas que inibissem tal situação, após passados mais de duas décadas da implementação desta Lei específica (11.340/06) se viu obrigado a fazer recentes mudanças nas legislações pátria, como se observa na sanção de prisão do agressor, passando a Lei Maria da Penha do teor preventivo e educativo para uma Lei que integrada a outras passam a ter teor punitivo.

Chama-se atenção para este teor agora mais severo que o ordenamento jurídico tem para apenar o agressor em decorrência das alterações legais promovida pela Lei nº 11340/06, mostrando-se imprescindível o atendimento das famílias com este conflito pelas equipes multidisciplinares, pois estes profissionais especializados

no assunto são capazes de constatar o que de fato acontece na família, como no caso da incidência da Alienação Parental, podendo extrair assim, desde o verdadeiro culpado pelo conflito familiar aos efeitos que este fenômeno causa. Sobrepondo nas decisões jurisprudenciais, que atualmente se mostram consolidadas pela guarda compartilhada, em observância ao bem maior a ser tutelado, a integridade física e mental do menor, em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Quanto as pessoas a quem a Lei nº 11.340/06 deve proteger, restou comprovado que tutela-se a integridade física e mental das vítimas de violência doméstica, sendo, portanto, as mulheres e seus filhos menores, haja visto que a Lei Maria da Penha foi recepcionada pela Constituição Federal de 1998, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, os entes que constituem o Estado Democrático de Direito devem respeito aos seus direitos e garantias fundamentais. Para isto, sendo vítima de violência doméstica, esta deve provocar o Estado para que tome as medidas cabíveis, a fim de que impossibilite o agressor de ser obstáculo a eficácia das medidas adotadas para sua proteção. Pois como há uma aplicação subsidiária de outras Leis, a autoridade policial pode adotá-las ao agressor em sede pré-processual.

Por conseguinte, foi possível apontar algumas situações que incidem a Alienação Parental, nos limites que a Lei nº 12.318/10 a disciplina, pois esta tem um rol meramente exemplificativo, além dos seus efeitos e medidas de prevenção.

A incidência da Alienação Parental se constata, na maioria dos casos, em situações que têm casais em estágio de separação, sendo determinada inicialmente a guarda à genitora, o que causa um certo desconforto no outro genitor. Assim, a genitora inconformada com a separação, se achando abandonada, se põe em processo de implantar falsas memórias na cabeça da criança, fazendo que esta acredite ser real, repudiando o genitor não guardião.

O alienador com esta prática, viola os direitos da criança, como o direito à convivência familiar. Porém, difícil se comprovar este fenômeno, por suas características se mostrarem difíceis de constatação, sofrendo penalidade apenas de natureza preventiva, como suspensão de visitas se provado a gravidade do ilícito. Porém, a prevenção se mostra eficaz implantada nas escolas, com atuação de Psicólogo que fará o acompanhamento do rendimento da criança.

Por fim, entende-se haver correlação do afastamento involuntário com a Alienação Parental, pois o fenômeno surge com a separação do casal, onde o



afastamento decorrente do fim do vínculo conjugal é fator que afeta a visitação pelo genitor não guardião, por se mostrar mais difícil, dada a situação.

Ocorre que, o término deste laço conjugal provoca no interior do casal a não aceitação, provocando, assim, a transmissão dos traumas dos ex-companheiros para os filhos menores, visto que o genitor inconformado manipula o psicológico da criança contra o ex-cônjuge;

Também é possível afirmar que a suspensão ou restrição de visitas mantém relação com a Alienação Parental, partindo do desfazimento do elo conjugal, onde a própria separação aliada a incansável batalha judicial são fatores que contribuem, pois causa distúrbio na criança, devido o seu guardião lhe programar para odiar o outro genitor, fazendo-lhe até acreditar ter sofrido abusos por este.

Sendo assim, a pesquisa levou a afirmar que a alienação parental pode, em tese, ter uma relação de causalidade ou consequência com a suspensão ou restrição de visita aos filhos menores, pois a genitor que inicialmente tem a guarda do menor e, não conformado com a separação do casal, por motivo de vingança, tem o potencial de atingir o ex-companheiro, utilizando-se do filho em comum, alterando as lembranças da memória da criança, fazendo com que ela crie ódio pelo outro genitor e, nas disputas judiciais, podendo ser peça essencial para determinação da medida de afastamento involuntário.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRIDIS, Georgios; FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Alienação parental** – São Paulo: Saraiva, 2011.

BIANCHINNI, Alice. **Lei Maria da Penha: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**.

BRASIL, Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**.

BRASIL, Lei nº **10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689/1941.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.**

BRASIL, **Lei nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.**

CARDOSO, Fernanda Simplício; DE BRITO, Leila Maria Torraca. **Possíveis impasses da Lei Maria da Penha à convivência parental.** Estudos e pesquisas em psicologia, v. 15, n. 2, p. 529-546, 2015.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA {CFP}; (2013). **Referências técnicas para a atuação de psicólogas(os) na educação básica** (1ª ed.). Brasília. CFP. [Links]

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, de 1988.

DA SILVA, Laila Reis; DE ANDRADE, Pedro Antônio Ribeiro. **Alienação Parental – Uma nova Lei para um velho problema.**

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 3ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.p. 365.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso.** Jus Navigandi, Teresina, ano, v. 10, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental: Realidades que a Justiça insiste em não ver.** 2ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p. 16.

DIAS, Maria Berenice. **Incestos e alienação parental** -2. ed ver., atual. de acordo com a (Lei 12.318/2010) -São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e o mito da família feliz.** In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Incesto e alienação parental. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 257-282.

DUARTE, Marcos. **Alienação Parental: Comentários Iniciais à Lei 12.318/2010.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/697>>. Acesso em: abril de 2020.

FREIRE, N. **Lei Maria da Penha: Lei nº11.340 de 7 de agosto de 2006, Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher.** Brasília, 2006. Disponível em: <[www.spmulheres.gov.br](http://www.spmulheres.gov.br)>. Acesso em: 08 de abril de 2020.

GARBIN, C. A. S.; DOSSI, A. P. **Violência Doméstica: Análise das lesões em mulheres.** Cad Saúde Pública, v.22, n. 12, p. 2567-2573, 2006.

GARDNER, R.A **Recommendations for Dealing With Parents Who Induce a Parental Alienation Syndrome in Their Children, In Journal of Divorce & Remarriage,** Volume 28(3/4), 1998, disponível em <http://www.fact.on.val/Inf/pas/gardnr98.htm>

GÓIS, Maria Mesquita de. **Alienação Parental.** Julho 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5841/Alienacao-parental>> Acesso em 21 de abril de 2020

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 9ªed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p.301.

GONÇALVES, Camila Francischini Leal; SARAIVA, Carmen Tatyana dos S.; GUIMARÃES, Roberés Corrêa. **ALIENAÇÃO PARENTAL E SEUS EFEITOS À LUZ DA LEI 12.318/2010.** CEP, v. 76, p. 132, 2017.

GOMES, Luiz Flávio.; BIANCHINI, Alice. **Aspectos criminais da Lei de Violência contra a Mulher.** 2007.

JESUS, Jéssica Alves de; COTTA, Manuela Gomes Lopes. **Alienação parental e relações escolares: a atuação do psicólogo.** Psicologia Escolar e Educacional, v. 20, n. 2, p. 285-290, 2016.

LETTIERE, A.; NAKANO; A. M. S.; RODRIGUES, T. D. **Violência contra a mulher: a visibilidade do problema para um grupo de profissionais de saúde.** Rev Esc enfermagem USP, v.42 n.3, p.467- 473, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LIMA<sup>1</sup>, Antonio Jose Araujo; JÚNIOR, Ronaldo Silva. **LEI MARIA DA PENHA E DIREITOS HUMANOS: UM OLHAR SOBRE O CRIME DE LESÃO CORPORAL CONTRA A MULHER NA CAPITAL DO ESTADO DO-MA.**

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher** – Lei 11.340/06 – análise crítica e sistêmica. 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

REVISTA JURIS da Faculdade de Direito, Fundação Armando Alvares Penteado. Volume 9 - janeiro a junho/2013 – São Paulo: FAAP, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70028674190**, de Santa Cruz do Sul, Des.André Luiz Planella Villarinho, j.15/04/2009.

Disponível

em: <<[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70028674190&num\\_processo=70028674190&codEment a=2852878&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70028674190&num_processo=70028674190&codEment a=2852878&temIntTeor=true)> Acesso em: 21 de abril de 2020.

SILVA, D. **A nova lei da Alienação Parental**. 2012 Em: Acesso em: 22 agosto 2016. Disponível

em: <http://www.urisantiago.br/multicienciaonline/adm/upload/v3/n5/5f13e47b7c8f8f962bf983ec9dc77e57.pdf>. Acessado em 22 de abril de 2020.

TRINDADE, J. & MOLINARI, F. (2014). **Reflexões sobre alienação parental e a escala de indicadores legais de alienação parental**. In C. Rosa & L. Thomé (Orgs.), O direito no lado esquerdo do peito: Ensaio sobre direito de família e sucessões (p.24). Porto Alegre: IBDFAM.

TRINDADE, Jorge. **Síndrome de Alienação Parental (SAP)**. In: Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver. Maria Berenice Dias (coord.). 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VASCONCELOS, Desirée Cristina Rodrigues. EDUCAÇÃO, DIREITOS HUMANOS E VIOLÊNCIA CONTRA MULHER: ASPECTO PEDAGÓGICO DA LEI MARIA DA PENHA. **Revista Jurídica Faculdade Paraibana-FAP**, p. 73.

## AVANÇOS E INOVAÇÕES NO DESENVOLVIMENTO DA REDE ASSISTENCIAL À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

**BRENDA AIRES RODRIGUES:**

Estudante do Curso de Direito da  
Universidade Católica do Tocantins

Prof. IGOR DE ANDRADE BARBOSA

(orientador)

**RESUMO:** Completando 13 anos de existência, a Lei Maria da Penha, considerada o maior avanço no enfrentamento à violência contra a mulher no Brasil, tem passado por significativas transformações principalmente no que se refere ao desenvolvimento das medidas de atendimento e suporte à vítima. O reconhecimento da importância da implantação de uma rede assistencial multidisciplinar poderá ser verificado no presente artigo que tem como objetivo abordar os avanços obtidos nesse sentido através da promulgação de novas leis, especialmente nos últimos dois anos, que buscam implementar melhorias para o efetivo cumprimento do previsto na Lei 11.340/2006. Para alcançar o objetivo estabelecido realizou-se revisão de literatura específica, com a análise da legislação vigente, doutrinas e artigos voltados ao tema.

**Palavras Chave:** Direito Penal, Lei Maria da Penha, Medidas Protetivas e Assistenciais e Violência Doméstica.

**ABSTRACT:** Completing 13 years of existence, the Maria da Penha Law, considered the greatest advance in tackling violence against women in Brazil, has undergone significant transformations, especially in regards to the development of care and support measures for the victim. The recognition of the importance of implementing a multidisciplinary assistance network can be seen in the present article, which aims to address the advances made in this regard through the enactment of new laws, especially in the last two years, which seek to implement improvements for the effective fulfillment of the expected in Law 11.340/2006. To achieve the objective proposed, a specific literature review was made with the analysis of the current legislation, doctrines, and articles focused on the theme.

**Keywords:** Criminal Law, Maria da Penha Law, Protective and Assistance Measures, Domestic Violence.

Sumário: Introdução. 1. Lei Maria da Penha: Estrutura e Desenvolvimento das Medidas de Suporte ao Combate da Violência Doméstica. 2. Das Medidas Integradas

de Prevenção. 3. Da Assistência à Mulher Vítima de Violência Doméstica. 3.1. Lei 13.871 de 2019. 3.2. Lei 13.882 de 2019. 3.3. Lei 13.894 de 2019. 4. Das Medidas Protetivas de Urgência. 4.1. Lei 13.984/2020. Considerações Finais. Referências Bibliográficas

## **Introdução**

Em agosto de 2006 publicou-se a Lei 11.340, mais conhecida como a Lei Maria da Penha, homenageando a Sra. Maria da Penha Maia Fernandes que, durante anos vivenciou um relacionamento abusivo com seu então marido, tendo sofrido inúmeras agressões e humilhações no âmbito de sua vida conjugal, que culminaram em uma tentativa de assassinato que a deixou paraplégica em 1983.

A importantíssima trajetória de Maria da Penha na busca de justiça chegou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o que foi fundamental para o sucesso na luta do movimento feminista por uma lei que visasse combater, prevenir e punir eficazmente à violência contra a mulher no Brasil.

Esta Lei, considerada por muitos uma revolução no enfrentamento do problema da violência de gênero, trouxe consigo o desafiador objetivo de modificar uma realidade social patriarcal construída ao longo da história da humanidade, de modo que apenas a punição dos agressores não se mostrava o bastante para garantir a efetiva erradicação do tipo de crime em questão e nem mesmo de proteger à vítima de forma eficaz.

Assim, além do aspecto punitivo criminal, a Lei 11.340/2006 estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres vítimas de violência doméstica, ficando a cargo do poder público a criação de um mecanismo que promova o atendimento humanizado e qualificado dessas vítimas, a devida proteção, o acesso à justiça e a garantia do direito à saúde, educação, trabalho e habitação.

Ocorre que, passados 13 anos da promulgação da Lei Maria da Penha, ainda observa-se um altíssimo índice de violência contra a mulher no Brasil mostrando que, apesar dos avanços, as mulheres ainda estão longe de encontrar a segurança que o Estado deveria fornecer.

Nesse contexto, a ênfase do presente trabalho recai sobre a verificação dos avanços na nossa legislação através da edição e atualização de normas com vistas a assegurar o apoio e proteção necessários para coibir a violência doméstica.

### **1. Lei Maria da Penha: Estrutura e Desenvolvimento das Medidas de Suporte ao Combate da Violência Doméstica**



Vivemos em uma sociedade construída historicamente por ideias patriarcais, em que a mulher por muito tempo foi vista como submissa dentro das relações familiares (Welter, 2007), conforme bem ressalta Dias (2015, p. 31), “desde que o mundo é mundo humano, a mulher foi discriminada, desprezada, humilhada, coisificada, objetivizada, monetarizada”, nesse mesmo contexto Alambert (2004, p.26) diz que “um exame, mesmo que superficial, da história da mulher, vai nos indicar que trata de uma história de exclusão, invisibilidade, opressão e exploração”.

Assim, como desdobramento dessa constituição cultural, até pouco tempo atrás cultivava-se a ideia de que certo grau de violência contra a mulher era permitido e até normal dentro do âmbito familiar, visto a superioridade do homem que possuía o papel ativo na relação conjugal. (Morato, et al., 2009, p. 19)

Para combater tais concepções as mulheres galgaram gradativamente conquistas em busca de maior isonomia através da aprovação de diversas leis e normas nacionais e internacionais, dentre elas podemos ressaltar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1979 e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 1994, entre outros tratados ratificados pelo Brasil.

No Brasil, o advento da Lei nº 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, é resultado da luta feminina e, em especial, de Maria da Penha, que vivenciou na pele por muitos anos as consequências da violência doméstica que, em 1983, a deixaram paraplégica após uma tentativa de assassinato que teve seu marido como autor.

Ela surge dando continuidade ao processo de desmistificação da ideia de que a violência doméstica e familiar contra a mulher resumia-se somente em atos fisicamente agressivos, trouxe à tona o fato de que a violência se configura também em qualquer ação ou omissão que cause lesão, morte, sofrimento físico, sexual ou psicológicos ou danos morais ou patrimoniais à mulher, conforme preceitua seu 5º artigo.

Além disso, a promulgação da referida lei e seus dispositivos retiram a violência doméstica do âmbito familiar e a transformam em um problema a ser tratado pelo Estado, a vítima deixa de ser somente a mulher agredida e passa a ser também a sociedade, pois essa reprodução de violência passada de geração para geração torna-se um problema de todos. (Lima, 2013, p.62)

Nesse sentido, o artigo 1ª da Lei. 11.340/2006 prevê que:

“Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.”

Desta forma, a violência doméstica deixou de estar limitada à esfera privada das relações familiares e passou a ser uma questão pública a ser combatida por meio de medidas preventivas e repressivas, “a Lei 13.340/06 veio a lume justamente para dar voz àquelas mulheres que não eram ouvidas em algum lugar, que chegavam às delegacias e eram orientadas a retornar ao lar que foi cenário da violência sofrida”. (Mello, 2009, p. 6)

Entretanto, apesar dos avanços alcançados, de acordo com pesquisa elaborada pelo Instituto Datafolha em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (DATAFOLHA, 2018), 536 mulheres foram vítimas de agressão física a cada hora em 2018, 16 milhões de mulheres brasileiras com 16 anos ou mais sofreram algum tipo de violência, 76,4% das mulheres indicaram que o agressor era um conhecido, entre esses casos de violência 42% ocorreram no ambiente doméstico e apenas 10% relataram ter buscado uma delegacia da mulher após o episódio mais grave de violência sofrida no último ano, sendo que 52% das mulheres alegam não ter feito nada.

O Brasil detém a quinta maior taxa de feminicídio do mundo, segundo os dados da Organização Mundial da Saúde – OMS, contabilizando desde 1980, ano em que iniciou-se o registro dos números de feminicídio, à 2013 o registro de 106.093 mortes. Já o número 180, destinado às denúncias, recebeu 92.323 denúncias no ano de 2018 e nos dois primeiros meses de 2019 já havia recebido 17.836 notificações, número 36,85% maior do que no ano anterior, segundo os dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. (Dias, 2019, p. 25)

Os números são alarmantes e transparecem que além da preocupação com a punição do agressor, existe também a necessidade da construção e aperfeiçoamento de um sistema mais humanizado que atenda, resguarde e apoie adequadamente as vítimas, encorajando-as a procurar ajuda, prestar queixa para que desta forma seja

cada vez menos comum a desistência da denúncia por medo, insegurança, descrença ou reconciliação com o agressor.

Para alcançar efetivamente tal finalidade, além de trazer previsões de sanção ao agressor, a Lei Maria da Penha traz também previsões de medidas protetivas e assistenciais à vítima de violência doméstica com uma completa integração operacional entre os entes públicos, as instituições de Polícia, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Sistema Único de Segurança Pública, o Sistema Único de Saúde e o que mais for necessário para evitar que esse ciclo de violência perdure e “garantir segurança pessoal e patrimonial à vítima e sua prole”. (Dias, 2015, p. 138)

## **2. Das medidas Integradas de Prevenção**

A integração de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de entidades não governamentais com o objetivo de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, surge através da Lei Maria da Penha como maneira de efetivar os compromissos assumidos pelo Brasil quando da ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), que em seu artigo 8º prevê:

“Art. 8º Os Estados-Partes concordam em adotar, em forma progressiva, medidas específicas, inclusive programas para:

- a) fomentar o conhecimento e a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o direito da mulher a que se respeitem e protejam seus direitos humanos;
- b) modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, incluindo a construção de programas formais e não formais apropriados a todo nível de processo educativo, para contrabalançar preconceitos e costumes e todo outro tipo de práticas que se baseiem na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimam ou exacerbem a violência contra a mulher;
- c) fomentar a educação e a capacitação do pessoal na administração da justiça, policial, e demais funcionários encarregados da aplicação da lei, assim como do pessoal encarregado das políticas de prevenção, sanção e eliminação da violência contra a mulher;

- d) aplicar os serviços especializados apropriados para o entendimento necessário à mulher objeto da violência, por meio de entidades do setor público e privado, inclusive abrigos, serviços de orientação para toda a família, quando for o caso, e cuidado e custódia de menores afetados;
- e) fomentar e apoiar programas de educação governamentais e do setor privado destinados a conscientizar o público sobre os problemas relacionados com a violência contra a mulher, os recursos jurídicos e a reparação correspondente;
- f) oferecer à mulher objeto de violência o acesso a programas eficazes de reabilitação e capacitação que lhe permitam participar plenamente da vida pública, provada e social;
- g) estimular os meios de comunicação elaborar diretrizes adequadas de difusão que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher em todas as duas formas e realçar o respeito e a dignidade da mulher;
- h) garantir a investigação e recompilação de estatísticas e demais informações pertinentes sobre as causas, consequências e frequência da violência contra a mulher, com o objetivo de avaliar a eficiência das medidas para prevenir, punir e eliminar a violência contra a mulher e de formular e aplicar as mudanças que sejam necessárias; e
- i) promover a cooperação internacional para o intercâmbio de ideias e experiências e a execução de programas destinados a proteger a mulher objeto da violência.”

Nesse sentido, Dias esclarece que “durante boa parte da história, o patriarcado foi incontestavelmente aceito por ambos os sexos. Os papéis diferenciados de gênero eram legitimados nos valores associados à separação entre esferas pública e privada.” (2019, p. 20)

Assim, uma vez entendido que o papel de inferioridade atribuído à mulher deriva de padrões socioculturais milenares, mostrou-se fundamental uma desconstrução estrutural, desde o modo de criação dos mais novos à (re)educação dos mais velhos, para que só assim se torne possível alcançar uma verdadeira conscientização de que as mulheres possuem direitos igualitários seja no âmbito familiar, trabalhista ou social.

Desta forma, em seu artigo 8º a Lei Maria da Penha, prevê diretrizes integrativas de prevenção como:

A reunião operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de assistência social, educação, saúde, habitação e trabalho visando maior agilidade e eficiência no atendimento a amparo às vítimas bem como a celebração de instrumentos de parcerias entre órgãos governamentais ou não governamentais para a implementação de programas e medidas para a erradicação da violência doméstica;

O estímulo de pesquisas, estudos e estatísticas sobre o assunto que ajudem a identificar as causas, consequências e periodicidade da violência, unificando e sistematizando os dados obtidos para avaliação dos resultados e avanços da aplicação da lei;

A coibição da exibição de mulheres de maneira que estimule ou legitime a violência doméstica e familiar nos meios de comunicação, como em situações que coloquem como inferior ou submissa, além da promoção e realização de campanhas para a difusão do disposto na Lei, para a educação do público escolar e também da sociedade em geral sobre os direitos humanos, direitos das mulheres e valores éticos de irrestrito respeito;

E, por fim, a implementação das Delegacias de Atendimento à Mulher com atendimento policial especializado, cumprindo as exigências previstas nos artigos 10 e seguintes da Lei, preferencialmente composto por policiais do sexo feminino e, ainda, a capacitação contínua de todos os profissionais que atuarem na rede integrativa (Polícia Civil e Militar, Guarda Metropolitana, Bombeiros, Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Sistema Único de Segurança Pública, Sistema Único de Saúde...) sobre as questões de gênero, raça ou etnia, para que possam oferecer um atendimento sensível, humanizado e acolhedor às vítimas.

### **3. Da assistência à mulher vítima de violência doméstica**

Previstas nos artigos 9 e 11 da Lei Maria da Penha, as medidas assistenciais à vítima deliberam que a assistência à mulher vítima de violência doméstica e familiar deverá ocorrer de forma articulada, levando em consideração os princípios e diretrizes da Lei Orgânica da Assistência Social, do Sistema Único de Segurança Pública e todas outras normas e políticas públicas de proteção, inclusive emergenciais, quando forem necessárias.

Tais disposições tratam de pontos importantíssimos dentro do contexto familiar e social, visto que por diversas vezes a vítima é desencorajada a denunciar pela

dependência financeira que possui do agressor ou até mesmo pelas consequências que uma situação dessa magnitude possa trazer para a sua vida e para o seu ambiente de trabalho, desta forma “assegura à mulher vitimizada no ambiente doméstico uma série de garantias. Busca cercá-la de cuidados sem descuidar da necessidade que ela tem de prover o próprio sustento”. (Dias, 2019, p. 183)

Mas as previsões não limitam-se apenas ao campo financeiro, os mecanismos abrangem a assistência social, à saúde e também à segurança.

Em vista disso, para garantir o bem estar da vítima, o juiz poderá incluí-la, por prazo certo, no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal, caso necessite.

Em se tratando de casos de vítima servidora pública, a ela deverá ser assegurada a prioridade à remoção, podendo esta ser requerida por ela, pelo Ministério Público ou declarada de ofício pelo juiz, desde que mesma não se oponha. (Dias, 2019, p. 185)

Diante do contexto conturbado que pode alcançar a vida desta mulher, afetada psicologicamente e/ou fisicamente, não são raras também as situações vexaminosas que o agressor pode provocar dentro do seu ambiente de trabalho, logo garante-se a manutenção do vínculo trabalhista e até mesmo o afastamento do local de trabalho quando necessário, por até seis meses, visto que “ela pode ser vítima duas vezes: a primeira ao sofrer qualquer espécie de violência dentre as tratadas nesta lei, e, a segunda, ao ser obrigada, muitas vezes, a deixar o emprego por conta destas mesmas agressões”. (Cunha; Pinto, 2015, p. 106)

Assegura-se, também, nos casos de violência sexual, amplo acesso à benefícios decorrentes dos avanços científicos e tecnológicos disponíveis em nosso território, principalmente no que se refere à métodos de contracepção de emergência, profilaxia de Doenças Sexualmente Transmissíveis (DSTs) e qualquer outro procedimento médico necessário e cabível.

No que se refere à segurança, fica a cargo da autoridade policial garantir a proteção da vítima, informá-la dos direitos e serviços disponíveis. Se necessário, deverá a autoridade encaminhá-la ao hospital, posto de saúde e ao Instituto Médico Legal, fornecer transporte para local seguro e acompanhá-la ao local da ocorrência ou domicílio familiar para retirada de seus pertences garantindo sempre sua integridade física.

Em reconhecimento à importância do desenvolvimento de uma rede cada vez mais completa para amparar as mulheres em situação de violência doméstica, a



legislação vem sendo aperfeiçoada, podendo-se destacar 2019 como um ano de grandes avanços nesse sentido.

### **.1 Lei nº 13.871 de 2019**

Diante do evidente dever do Estado de oferecer toda e qualquer assistência à vítima, com atendimento integral e profissionalizado, ao longo do tempo notou-se que não era justo toda a coletividade pagar pelas despesas geradas pelos atos do agressor, muito menos a vítima.

Logo, a Lei nº 13.871/2019 incluiu novas disposições ao artigo 9º da Lei Maria da Penha, visando incumbir ao agressor o ressarcimento de todos os custos relacionados aos danos por ele causados, inclusive custos relativos aos serviços de saúde prestados à vítima pelo Sistema Único de Saúde.

O cálculo para apurar o valor dos tratamentos fornecidos será feito de acordo com a tabela do SUS e os recursos arrecadados serão destinados ao Fundo de Saúde da entidade federativa que prestar o serviço.

Determinou-se, também, que ficará a cargo do agressor os valores dispendidos com os dispositivos de segurança, como tornozeleira eletrônica, ou qualquer outro instrumento de segurança ou monitoramento usado para garantir a segurança da vítima e evitar que a violência volte a acontecer.

Vale ressaltar que tais ressarcimentos deverão ser custeados exclusivamente pelo agressor, por seus próprios meios, não podendo ele utilizar dos bens comuns do casal e nem importar ônus de qualquer natureza ao patrimônio da mulher ou de seus dependentes, sendo cabível, ainda, ação de cobrança caso o pagamento não se realize de forma voluntária.

Esse ressarcimento se configura como dever do agressor e, por isso, não deverá implicar em qualquer alteração da pena. Não poderá ser configurado como atenuante, não deve ensejar possibilidade de substituição da pena aplicada nem ser classificada como pena restritiva de direitos.

### **3.2 Lei 13.882 de 2019**

Em consonância ao direito de prioridade a remoção já conferido à vítima, a Lei 13.882/2019 buscou facilitar ainda mais o afastamento vítima-agressor, visto que para desvincularem-se de qualquer local, aquelas que são mães necessitam levar consigo seus dependentes.

Logo, acrescentou-se que a mulher em situação de violência deverá ter também prioridade para matricular ou transferir seus dependentes para as instituições de ensino mais próximas ao seu domicílio, preservando-se sempre os dados da ofendida e dos dependentes em sigilo, conforme artigo 9º, § 7 e § 8 da Lei Maria da Penha, para evitar que o agressor os localize.

Além disso, outra novidade se dá no fato de que além da prioridade, há também a possibilidade de que o juiz determine a matrícula ou transferência dos dependentes à instituição mais adequada independentemente da existência de vagas naquele momento, vide artigo 23, V, da Lei Maria da Penha.

Conforme Cunha (2019), a implementação dessas medidas são importantes para “garantir uma transição menos traumática e evitar a imposição de obstáculos que, somados à violência já sofrida, tornem ainda mais penosa a retomada da vida cotidiana”.

Assim, para a efetivação do direito não é essencial que a vítima possua medidas protetivas sancionadas, basta apresentar os documentos que comprovem a existência da ocorrência policial ou do processo de violência doméstica em trâmite.

### **3.3 Lei 13.894 de 2019**

Visando garantir maior segurança jurídica à mulher vítima, a Lei 13.894/2019 cuida de instruções a serem seguidas pelos profissionais responsáveis pelo atendimento dessas mulheres de modo que obrigatoriamente devem sempre informar à ofendida todos os direitos e serviços a ela disponíveis.

Além dos serviços já anteriormente previstos, o dispositivo adicionou o dever de encaminhamento à assistência judiciária gratuita, quando for o caso, inclusive para ajuizar ação de separação judicial, divórcio, anulação de casamento ou dissolução de união estável, caso seja a vontade da vítima, com prioridade de tramitação.

Concomitantemente a isso, a Lei também traz modificações ao Código de Processo Civil instituindo como foro competente para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável o de domicílio da vítima de violência doméstica (Art. 53, I, d, CPC) e atribuindo ao Ministério Público o dever de agir como órgão interveniente nas ações de família em que figure como parte vítima de violência doméstica (Art. 698, parágrafo único, CPC).

## **4. Das medidas protetivas de urgência**

Para dar efetividade ao seu propósito de assegurar à mulher o direito a uma vida sem violência, a Lei Maria da Penha elenca um rol de medidas a serem aplicadas de forma imediata e eficiente, para deter o agressor e garantir a segurança pessoal e patrimonial da vítima e sua prole. (Dias, 2019, p. 160)

Elencadas mas não restritas aos artigos 22 a 24, as medidas de urgência são as mais conhecidas dentro da Lei 11.340/2006 e compõem um rol exemplificativo de providências que poderão ser concedidas de imediato pelo juiz, isolada ou cumulativamente, independentemente de audiência das partes ou de manifestação do Ministério Público, podendo ser substituídas a qualquer tempo por outras consideradas mais eficazes e quando requeridas pela ofendida ou pelo Ministério Público deverão ser analisadas em até quarenta e oito horas.

Para garantir obediência à essas determinações “restou reconhecido como delito penal o descumprimento da decisão judicial que defere as medidas protetivas de urgência, ao qual é cominada a pena de três meses a dois anos”. (Dias, 2019, p. 181)

Portanto, quando constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, averiguando-se as particularidades de cada caso, a autoridade poderá suspender a posse ou restringir o porte de armas do agressor, que segundo Dias:

“Trata-se de medida que se mostra francamente preocupada com a incolumidade física da mulher. E com razão. Os dados estatísticos referentes à prática de crimes contra a mulher, com a utilização de arma de fogo, são assustadores. Apenas para dar alguns números, interessante o teor de moção formulada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, em 16 de setembro de 2005, à época em que se discutia o referendo que iria decidir, no dia 23 de outubro seguinte, sobre o desarmamento da população. Consta do documento que “nas capitais brasileiras, 44,4% das mulheres vítimas de homicídios em 2002 foram mortas com armas de fogo (ISER, 2005: com dados do Datasus, 2002). Em homicídios e tentativas de homicídios com arma de fogo, mais da metade das mulheres vítimas (53%) conheciam seu agressor. E mais de um terço (37%) dessas mulheres tinham relação amorosa com seu agressor. (ISER, 2005: com dados das Delegacias Legais do Rio de Janeiro, entre 2001 e 2005).” (DIAS, 2019, p. 168)

Nota-se que o legislador cuidou somente de discorrer sobre armas regulares, visto que em se tratando de porte por ilegal, além de ser considerado agravante o autor também incorrerá nos crimes previstos nos artigos 12,14 ou 16 da Lei 10.826/2003.

Nesse mesmo sentido, em garantia da segurança e integridade física da mulher, se necessário, também poderão ser adotadas medidas que coíbam a aproximação física do agressor-vítima, dentre elas temos o afastamento do agressor do lar (Art. 22, II, LMP); o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos seus direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos (Art. 23, III, LMP) podendo a mesma ser reconduzida ao seu lar após o afastamento do agressor (Art. 23, II, LMP); a proibição de contato ou aproximação do agressor para com a vítima, familiares ou testemunhas por qualquer meio, fixando-se limite mínimo de distância a ser respeitado (Art. 22, III, a e b, LMP); restrição de circulação do agressor em determinados lugares, como trabalho, ou espaços de lazer frequentados pela vítima (Art. 22, III, c, LMP); restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores (Art. 22, IV, LMP); e determinação de separação de corpos (Art. 23, IV, LMP).

Já no âmbito da proteção financeira e patrimonial da mulher e dos bens comuns do casal, permite-se que sejam fixados alimentos provisionais ou provisórios em favor da vítima para sobrevivência e manutenção da entidade familiar durante o curso do processo (Art. 22, V, LMP). Permite-se, ainda: a determinação de prestação de caução provisória, via depósito judicial, para garantir quaisquer perdas e danos decorrentes da violência (Art. 24, IV, LMP); a suspensão de procurações existentes que confirmam poderes ao autor (Art. 24, III, LMP) e a proibição de realização de atos e contratos de compra, venda ou locação de bens comuns do casal, ficando estas condicionadas a prévia autorização judicial (Art. 24, II, LMP). Caso tenha ocorrido subtração indevida de bens poderá ser determinada a imediata restituição à ofendida (Art. 24, II, LMP),

Através da previsão dessas medidas a Lei Maria da Penha busca "estancar a marcha da violência contra a vítima, seja pela adoção de alguma medida restritiva contra o agressor, seja viabilizando temporariamente a salvaguarda dos bens jurídicos ou interesses da mulher em situação de perigo. (Guimarães e Moreira, 2017, p. 96)

Entretanto, compreendendo que para estancar de fato a prática desse tipo de crime tem se mostrado cada vez mais necessário compreender o contexto histórico familiar que deu causa ao fato, e tratá-lo, incluíram-se também medidas psicossociais de urgência como o encaminhamento da ofendida e seus dependentes a programas de proteção ou atendimento (Art. 23, I, LMP) dentre eles podemos citar os Núcleos

de Atendimento à Mulher em Situação de Violência, Centros Integrados da Mulher, Casas de Abrigo e Acolhimento Provisório, Defensoria e Promotorias Especializadas, Ouvidoria da Mulher, Serviços de Saúde Especializados, Centros de Referência Especializados em Assistência Social.

No mesmo diapasão, a recente Lei 13.984/2020 incluiu às essas medidas a possibilidade de acompanhamento psicossocial do agressor com comparecimento em programas de recuperação e reeducação (Art. 22, V e VII, LMP).

#### **4.1 Lei 13.984 de 2020**

Uma vez que as penas com caráter exclusivamente punitivos, em grande parte dos casos, não previnem verdadeiramente a reincidência ou novas infrações, a busca pela conscientização e ressocialização do autor se torna cada vez mais visada dentro do nosso Código Penal.

Nos casos de violência doméstica, em particular, é comum que as agressões sejam resultado de um histórico familiar violento herdado de várias gerações ou, ainda, associadas a problemas como alcoolismo ou uso de drogas.

Guimarães e Moreira aduzem que “a violência contra a mulher transcende a questão de diferença de gêneros, podendo localizar-se em fatores muito distintos, inclusive psicossomáticos”. (2017, p. 97)

Assim, a Lei 13.984/2020, buscando atuar na consciência do autor, complementa a Lei Maria da Penha para determinar que os agressores de mulheres possam ser obrigados a receberem acompanhamento psicossocial e a frequentarem centros de reeducação, aonde deverão buscar e tratar os fatores que o levaram a cometer tais delitos.

#### **Considerações Finais**

O exame das inovações e avanços no âmbito dos direitos das mulheres, desde os primórdios até a atualidade, revela que paulatinamente houveram grandes avanços na ruptura de padrões sociais retrógrados que instituíam uma visão de subordinação feminina perante o homem, principalmente no que se refere ao ambiente familiar.

As estatísticas continuam preocupantes e nos mostram que ainda existe um enorme caminho a ser trilhado, entretanto já é possível reconhecer que a violência contra a mulher tem se tornado uma situação cada vez mais discutida e reprimida pela sociedade e, concomitantemente, também pela legislação.

A compreensão das peculiaridades que envolvem o ciclo da violência doméstica contra a mulher mostraram a necessidade do aperfeiçoamento das previsões legais no sentido de dar maior proteção e, principalmente, amparo à mulher vítima tendo em vista à vulnerabilidade a qual são expostas.

Sob essa perspectiva, conclui-se que as atualizações trazidas à Lei Maria da Penha por meio da promulgação de leis como a 13.871/2019, 13.882/2019, 13.894/2019 e 13.984/2020 incentivam cada vez mais a interdisciplinaridade e a articulação entre os profissionais envolvidos no processo para que de fato as políticas públicas e sanções saiam do papel e entrem no campo prático de forma humanizada e respeitando as especificidades e nuances de cada caso.

Assim, espera-se que a consolidação dessa rede de proteção e assistencial se dê de forma cada vez mais eficaz para resguardar e amparar as mulheres tanto no aspecto jurídico como também no aspecto social, patrimonial, de saúde, habitação, trabalho e quais mais forem necessários para que aquela possa reestabelecer sua vida e se ver livre dos assombros de um relacionamento abusivo.

### **Referências Bibliográficas**

ALAMBERT, Zuleika. **A história da mulher**: a mulher na história. Brasília: Fundação Astrogildo Pereira/FAP: Abaré, 2004.

BARBOSA, Theresa Karina de Figueiredo Gaudêncio (org). **A mulher e a Justiça**: A violência doméstica sob ótica dos Direitos Humanos. Brasília: AMAGIS-DF, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. [S. l.: s. n.], 1988

BRASIL. **LEI MARIA DA PENHA**. Lei N.º11.340, de 7 de Agosto de 2006.

CARDOSO, João Gabriel. **Comentários às alterações promovidas pela Lei 13.894/2019**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/10/31/comentarios-alteracoes-promovidas-pela-lei-13-8942019/>. Acesso em 10 maio 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 13.880/19 e 13.882/19**: Alteram a Lei Maria da Penha para dispor sobre apreensão de arma de fogo e garantia de matrícula escolar para dependentes da vítima. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/10/09/leis-13-88019-e-13-88219-alteram-lei-maria-da-penha-para-dispor-sobre-apreensao-de-arma-de-fogo-e-garantia-de-matricula-escolar-para-dependentes-da-vitima/>. Acesso em: 10 maio 2020.



CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 6. ed. rev. atual. e aum. Brasília: ESMPU, 2015.

DATAFOLHA. **A vitimização de mulheres no Brasil**. Disponível em: [https://assets-dossies-ipg-v2.nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/3/2019/02/FBSP\\_2018\\_visivel-invisivel-vitimizacao-de-mulheres.pdf](https://assets-dossies-ipg-v2.nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/3/2019/02/FBSP_2018_visivel-invisivel-vitimizacao-de-mulheres.pdf). Acesso em 05 agos. 2019

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 6. ed. rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha**: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 4. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015.

GUIMARAES, Isaac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Lei Maria da Penha**: Aspectos Criminológicos de Política Criminal e do Procedimento Penal. 4. ed. rev. atual. e aum. Brasília: Jaruá, 2017.

MELLO, Adriana Ramos de. **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MORATO, Alessandra Campos *et al.* **Análise da Relação Sistema de Justiça Criminal e Violência Doméstica contra a Mulher**: A perspectiva de mulheres em situação de violência e dos profissionais responsáveis por seu acompanhamento. Brasília: ESMPU, 2009.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Violência Contra a Mulher**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**: Lei 11.340/06 análise crítica e sistêmica. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRAUSS, Anselm; CORBIN, Juliet. **Pesquisa Qualitativa**: Técnicas e procedimentos para o desenvolvimento de teoria fundamentada. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 1998.

Trocando Fraldas. **Estudo**: a importância do dia internacional da mulher 2018. Disponível em: <https://www.trocandofraldas.com.br/estudo-dia-internacional-da-mulher/>. Acesso em: 08 agos. 2019

WELTER, Belmiro Pedro. **A norma da Lei Maria da Penha**. Porto Alegre: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2007. Disponível

em [https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1273602849.pdf](https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273602849.pdf). Acesso em 30 out. 2019

## TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE MÃO DE OBRA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**Diego Marinho Medeiros De Moura:**

Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

**Prof<sup>a</sup>. KELLY NOGUEIRA DA SILVA<sup>51</sup>**  
**(orientadora)**

**RESUMO:** De uma quimera pluridimensional, na visão da gestão pública, em relação a terceirização de mão de obra em serviços na administração, esse artigo analisa a relação entre indicadores de cumprimento de metas e limites dos índices prudenciais da folha de pagamento, tanto nas redes municipais quanto nas estaduais, com variáveis representativas dos sustentáculos do planejamento, transparência e controle. Quando os municípios se encontram com o índice superior ao permitido, por Lei, sugere-se que as razões estejam na diferença do que é apresentado ao Tribunal de Contas do Tocantins - TCE/TO diretamente pelos municípios, ou seja, 100% (cem) por cento do índice na contratação de mão de obra nas atividades meios e fins, entram na contagem do percentual do índice prudencial. Esta pesquisa visa ampliar a avaliação do índice prudencial, sobre a avaliação da administração pública, para atender os ordenamentos jurídicos de responsabilidade fiscal nos indicadores para cumprir metas e limites fiscais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade fiscal; índice prudencial; administração pública; atividade meio e fins.

**ABSTRACT:** From a multidimensional chimera, in the view of public management, in relation to the outsourcing of labor in services in the administration, this article analyzes the relationship between indicators of achievement of targets and limits of prudential payroll indices, both in municipal and municipal networks. in the state, with variables representative of the mainstays of planning, transparency and control. When the municipalities have an index higher than allowed, by law, it is suggested that the reasons lie in the difference of what is presented to the Court of Accounts of Tocantins - TCE / TO directly by the municipalities, that is, 100% (one hundred) Percentage of the index for hiring labor in the middle and end activities, count towards the percentage of the prudential index. This research aims to broaden the assessment of the prudential index, on the assessment of the public administration,

---

\_\_\_\_\_  
Especialista em direito civil e advogada.

to meet the legal systems of fiscal responsibility in the indicators to meet fiscal targets and limits.

**KEYWORDS:** Fiscal responsibility; prudential index; public administration; activity means and ends.

## 1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico e nas entrelinhas literárias, a administração pública é responsável pelo planejamento, controle e transparência de todos os atos públicos realizados. No entanto mesmo seguindo todos os passos atribuído por lei, os gestores não conseguem estabilizar o índice prudencial no que diz respeito a contratação de serviços de mão de obra nas atividades meio e fins, para cumprir assim suas metas e limites fiscais.

Segundo a Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal, revogou a Lei Complementar 96 de 3 de maio de 1999. Esta lei chamada Lei Rita Camata, estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Já trazia o Limite Prudencial de Despesa com pessoal nos Municípios onde fora determinado 51,3%.

Estudos realizados no Brasil, enfatizam a utilização da Lei Federal 12.690/2012 onde a cooperativa de trabalho é uma sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão, visando obter melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho, utiliza variáveis relativas ao cumprimento de metas e limites na avaliação da responsabilidade fiscal.

Foi criada pelo governado Siqueira Campos a Lei Estadual /TO nº 2.594/2012 que visa atribuir a contratação de serviços de mão de obra terceirizados para fins de redução do índice prudencial da folha de pagamento dos municípios e do Estado do Tocantins, bem como, cumprir metas fiscais na administração pública.

O período de estudo e análise realizado, foi de 24 (vinte e quatro) meses, para saber e ter mais informações sobre os dados do índice prudencial da folha de pagamento nos Municípios.

De acordo com o Tribunal de Contas do Tocantins – TCE/TO, em sua resolução nº 326/2019 fundamenta em seu texto que esse tipo de contratação por “cooperativa” é lícito para fins de reduzir o índice prudencial da folha de pagamento. Com tudo os Conselheiros Estaduais por sua vez, fazem algumas ressalvas, para as

atividades “meio” as quais, devem ser realizadas pregões presenciais. Já no que se refere às atividades “fins” a indicação por meio de chamamento público.

Criada sob a doutrina do Cooperativismo, que preconiza a colaboração e a associação de pessoas ou grupos com os mesmos interesses, a fim de obter vantagens comuns em suas atividades laborais e econômicas, proporcionando melhoria contínua na qualidade de vida dos associados, além de contribuir com os seus desenvolvimentos socioeconômico e intelectual.

Tem como preceitos a preservação dos direitos e valores sociais e da livre iniciativa, a não precarização do trabalho e o respeito às decisões da assembleia. O exercício das atividades com proveito comum visa gerar autonomia e autogestão; melhor qualificação e renda, a partir de uma melhor capacitação em treinamento e desenvolvimento.

Por conseguinte, podemos verificar que os resultados da terceirização de serviços de mão de obra, na administração pública apresentam os mesmos comportamentos nas diferentes perspectivas da gestão pública. Assim o objetivo específico dessa pesquisa é a adequação da Lei de Responsabilidade Fiscal no Índice Prudencial da Folha de Pagamento dos Municípios, com a perspectiva de uma ação planejada e controlada nas esferas, Municipal e Estadual.

Conclui-se que este artigo, teve como objetivo geral, a buscar de conceitos e definições relacionados ao planejamento, transparência e controle do índice prudencial da folha de pagamento com representativos dos pilares da administração pública.

## **2.ASPECTOS HISTÓRICOS**

Segundo a Carta Magna de 1967, os limites com despesas de pessoal, com a União, Estados e Municípios, não é uma novidade para os gestores públicos, visto que, existem preocupações para que esse limite não seja ultrapassado.

A Carta Magna de 1988, trouxe uma série de dispositivos voltados ao controle de orçamento, entre outros aspectos, verifica-se que no artigo 169 as despesas com pessoal ativo e inativo, não pode exceder aos limites estabelecidos, em Lei Complementar.

Quando falamos em despesas com pessoal “inativo”, são aqueles que estão encostados por motivo de doença ou por força maior. Mesmo que seja, um significativo crescimento dos servidores na composição total da despesa, estamos visando evitar à Emenda Constitucional nº 1, ou seja, enquanto não for criada uma

Lei Complementar que determine um princípio limitador, o gestor público deve se delimitar respeitando as fundamentações existentes.

Atualmente a Lei 101/2000 conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, a qual realizou mudanças consideráveis, impondo regras e limites mais específicos para as contratações com despesas de pessoal, o Brasil seguia as fundamentações das Leis Camata I e II, projeto original, de autoria da ex-deputada Rita Camata, foi a Lei Complementar 82, de 1995, proposta incorporada na Lei de Responsabilidade Fiscal que determina um limite de 60% do total das receitas dos estados com gastos de pessoal.

Esse tipo de despesa é a que mais chama atenção da população e os gestores públicos, por conseguinte é considerada uma das maiores preocupações dos legisladores desde 1967, que é estabelecer limites para gastos com contratação de pessoas.

Diante de todos esses fundamentos apresentados, conclui-se que, a Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF - 101/2000, mostra como código disciplinador de conduta gerencial nas finanças públicas a implementação de consideráveis modificações na rotina administrativa, financeira e representa também um novo regramento para às despesas com pessoal de cada ente governamental.

### **3. RESPONSABILIDADE**

O maior desafio para abordar esse tipo de assunto, terceirização de serviços de mão de obra na administração pública é a dificuldade de encontrar fundamentação teórica. O Brasil por sua vez, dispõe de ações planejada e transparente como mecanismos eficientes de controle tais como, Lei Federal, Lei Estadual, entendimentos de Tribunais de Conta em parceria com Ministério Público - MP.

#### **3.1 PLANEJAMENTO**

Vários estudos, relatam, sempre que a administração pública contrata empresas que atribuem para esse tipo de serviço, reduz o impacto sobre os resultados dos Índices de prudenciamento de contratação de serviços de mão de obra em seus Municípios. (Reinaldo Rodrigues de Godoy, Ano 2014, AMUSEP- ARTIGO TERCEIRIZA MÃO DE OBRA DESP PES TCE).

Índice Prudencial, são todas e qualquer espécies remuneratórias, ou seja, com vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como, encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.



Quando a contratação é realizada através de um terceirizada, "cooperativa", não entra nenhum tipo de espécies remuneratórias para o índice do Limite Prudencial de Despesa com pessoal nos Municípios. Enquanto quando a contratação é realizada diretamente por um órgão público, esse percentual é de 100% (cem) por cento, de espécies remuneratórias, afetando diretamente o índice prudencial da folha de pagamento.

Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho. (BRASIL, Lei nº 12.690/2012 – Art. 2º)

É um modelo de atuação mundial e que ocupa lugar de destaque em alguns países, além do Brasil, temos: A França, é o país mais cooperativo do mundo, sua maior instituição financeira é uma cooperativa de crédito, empregam mais de 1 milhão de pessoas; Estados Unidos, os americanos estão em 6º lugar no volume de ativos administrados por instituições financeiras cooperativas no mundo ; Nova Zelândia, o mercado interno e externo de laticínios do país é praticamente tomado pelas cooperativas; Quênia, no país africano, mais de metade da população tira seu sustento de sociedades cooperativas e o Canadá, quatro em cada dez canadenses são membros de pelo menos uma cooperativa.

A lei 12.690/2012 instituiu o PRONACOOOP – Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho.

As condições de trabalho são garantidas aos sócios cooperados, sempre visando melhoria de condições, com a força coletiva desse modelo de organização, cuja gestão é coletiva e gerida democraticamente.

### **3.1.2 TRANSPARÊNCIA**

Na Administração Pública brasileira, a transparência é um dos princípios dos assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que visa objetivar e legitimar as ações praticadas pela Administração Pública, dentre elas, execução orçamentária e apresentação de relatórios.

Quando se fala em transparência, denota a qualidade do que não é vago, mas claro e límpido. Desta forma, a transparência está ligada não apenas à publicação de atos administrativos e informações sobre a gestão pública, mas sim à possibilidade dada ao cidadão de ter acesso a informações claras e compreensíveis.

### **3.1.3 INDICADORES DE AVALIAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA – PRINCÍPIOS E VALORES**

As cooperativas são organizações voluntárias, abertas a todas as pessoas aptas a utilizar os seus serviços e dispostas a aceitar as responsabilidades como membros, sem discriminação de género, social, racial, política ou religiosa.

São organizações democráticas, controladas pelos seus membros, que participam ativamente na formulação das suas políticas e na tomada de decisões. Os homens e as mulheres, eleitos como representantes dos demais membros, são responsáveis perante estes.

Os membros contribuem equitativamente para o capital das suas cooperativas e controlam-no democraticamente, podem receber, habitualmente, havendo condições económico financeiras, remuneração essa sobre o capital integralizado, como condição de sua adesão.

Todos têm autonomia de decisão, para realizar acordos e parcerias, podem ser firmados pelas cooperativas, desde que não afetem o controle democrático dos membros.

As cooperativas promovem à educação e a formação de seus trabalhadores e associados, para contribuir com o desenvolvimento do modelo como um todo e com o seu próprio, informando-os e capacitando-os.

Os associados cooperam uns com os outros, além de se estender entre as diversas cooperativas, através de estruturas locais, regionais, nacionais e até internacionais.

Compostas por pessoas físicas e sem fins lucrativos, as cooperativas têm na comunidade seu objeto constituinte e seu principal objetivo. Destarte, trabalham para o desenvolvimento sustentável de suas comunidades, gerando benefícios sociais e económicos não apenas para seus associados, más para toda a sociedade.

### **3.1.4 CONTROLE**

Esse estudo, tem como variáveis representativas de controle, resoluções do Tribunal de Contas do Tocantins, Lei Estadual e Lei Federal, tais como:

Distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: Adesão Voluntária e livre; Controle Democrático pelos membros; Participação Económica dos membros; Autonomia e Independência; Educação, Formação e

Informação; Intercooperação e Interesse pela Comunidade.  
(BRASIL, Lei 5.764/71, Art.4º)

Para fins de regulamentar a terceirização de serviços de mão de obra, no Estado do Tocantins e redução do índice prudencial da folha de pagamento, foi criada a Lei 2.594/2012.

A Lei 2.594/2012, fundamentada também pela Resolução do Tribunal de Contas do Tocantins – TCE/TO sob nº 326/2019, onde as terceirizações devem ser realizadas por Pregão Presencial para atividades “meio”, com ressalva na contratação de atividades “fins” que devem ser realizadas por chamamento público.

As atividades “meio” de uma organização, são aquelas que não fazem parte do seu escopo principal, já atividade “fim” é aquela que compreende as atividades essenciais e normais para as quais a empresa se constituiu.

Como exemplos de atividade “meio”, podemos mencionar, serviços de alimentação, conservação patrimonial e de limpeza, serviço de segurança, de manutenção geral predial e especializada, engenharias, arquitetura, manutenção de máquinas e equipamentos, serviços de oficina mecânica para veículos, frota de veículos, transporte de funcionários, serviços de mensageiros, distribuição interna de correspondência, serviços jurídicos, de assistência médica, serviços de telefonistas, de recepção, serviços de digitação, serviços de processamento de dados, distribuição de produtos, de movimentação interna de materiais, administração de recursos humanos, administração de relações trabalhistas e sindicais, serviços de secretaria e em serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador de serviços.

Esse artigo busca esclarecer e sustentar a atividade “meio”, quando se fala em terceirização de mão de obra por cooperativa, se encaixando como uma luva no sistema, para fins de regularização de Índice Prudencial.

O Tribunal de Contas do Tocantins – TCE/TO sob nº Resolução 6/2020 – PLENO, onde no item 9.2.1 fica claro, que à atividade “meio” não será computada nos gastos de pessoal com o Município, que se encontra estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal, consulta pública solicitada pelo Município de Brejinho de Nazaré -TO.

Além dos dispositivos legais que definem a periodicidade de apresentação de dados, boa parte dos municípios se encontram acima do índice permitido por Lei complementar nº 101/2000 que é de 51,3%.

O Estado do Tocantins para fins de controle com contratação de pessoas estipulou alguns limites em 2019/20, "alerta", 44,10%, "prudencial" 46,55%, "teto permitido" é de 49,27%, nos casos de calamidade pública pode chegar a 51,3%.

A Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece em seus artigos 19 e 20, os limites de despesa com pessoal:

Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I – União: 50% (cinquenta por cento);

II – Estados: 60% (sessenta por cento);

III – Municípios: 60% (sessenta por cento).

[...]

Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

[...]

III - na esfera municipal:

a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

Nem todos os Municípios se encontram com o índice prudencial acima do permitido, da Lei de Responsabilidade Fiscal, isso não significa, que não possa terceirizar a folha de pagamento. Esse tipo de contratação busca reduzir o índice cada vez mais, deixando uma folga na administração pública para qualquer eventualidade que possa vir acontecer.

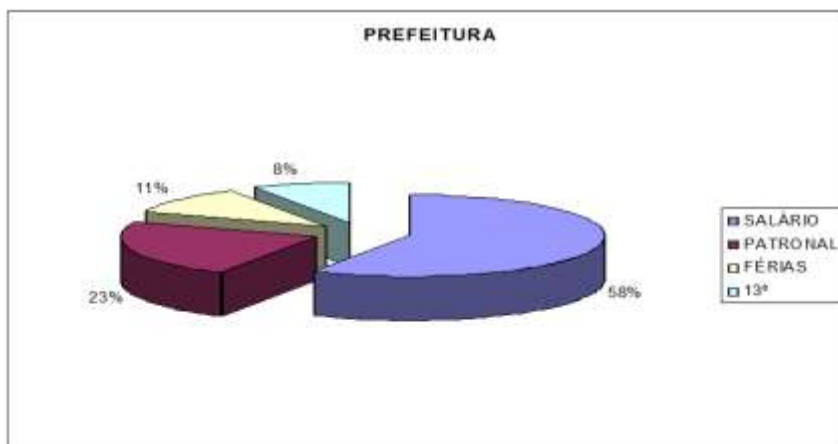
#### **4. VARIÁVEIS**

O gráfico - I, representa os encargos sociais que uma empresa pública, indica para fins de contratação de serviço de mão de obra. O gráfico - II, representa os encargos sociais, quando se contrata uma cooperativa para desenvolver os serviços de mão de obra, em um órgão público.

Após a contratação de uma terceirizada "cooperativa", podemos ver a diferença e a economicidade que a prefeitura "órgão público" terá com as despesas com

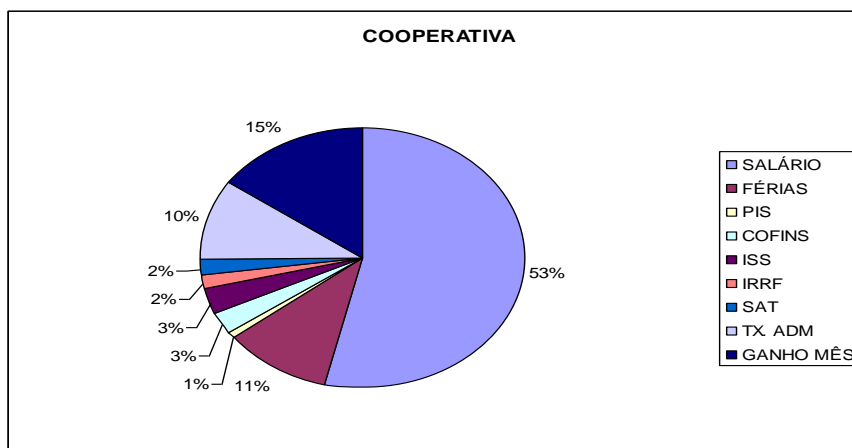
peçoal, além da redução do índice prudencial, que de imediato o Município se enquadra na Lei de responsabilidade fiscal.

### Quadro – I: Prefeitura / encargos sociais



O gráfico I, mostra claramente como funcionam as divisões relativas, à salário, ao patronal, as férias e o 13º salário, ou seja, o percentual que cada funcionário quando contratado, direto pelo órgão público.

### Quadro – II: Terceirização / Encargos Sociais



O gráfico II, mostra todos os recolhimentos realizados por uma cooperativa, ISS, IRRF, SAT, PIS, COFINS, além de taxas administrativas, o ganho mensal em relação a contratação de pessoas, bem como indica o percentual utilizado para pagamento de férias, 13º salário e salário. Desta forma, há uma transparência nos valores pagos e impostos recolhidos pela empresa terceirizada.

## 5. ESTATÍSTICAS DESCRITIVAS

Os quadros I e II abaixo, indicam um exemplo dos cálculos sobre uma Folha Mensal realizados por uma prefeitura e por uma cooperativa no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

**Quadro – I, cumprimento fiscal – Órgão público/ CNPJ**

DESCRIÇÃO	PERCENTUAL	VALOR
<b>Patronal</b>	23%	115.000,00
<b>Férias</b>	11%	55.000,00
<b>13º</b>	8%	40.000,00
<b>Total</b>	42%	210.000,00
<b>Total Efetivo</b>	142%	710.000,00

Quando a contratação é realizada diretamente pelo órgão público ou por um CNPJ, são recolhidos todos os encargos sociais, sem qualquer tipo de desconto ou benefício social, referente a uma folha de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) aumento considerável comparado à uma terceirização através de uma cooperative, que passa para R\$ 710.000,00 (setecentos e dez mil reais).

Um valor esse de R\$ 210.000,00 (duzentos e dez mil reais) por mês, que multiplicado por 12 (doze), temos um resultado de R\$ 2.520.000,00 (dois milhões, quinhentos e vinte mil reais).

**Quadro – II, Cooperativa – vantagens para o empregador**

DESCRIÇÃO	PERCENTUAL	VALOR
<b>Férias</b>	11%	R\$ 55.000,00
<b>PIS, ISS, IRF, COFINS, SAT</b>	10.15%	R\$ 50.750,00
<b>Taxa Adm.</b>	10%	R\$ 50.000,00
<b>Total de encargos</b>	31.15%	R\$ 155.750,00
<b>Valor da folha de Pagamento</b>	131.15%	R\$ 655.750,00
<b>Retorno ISSQN</b>	4.5%	R\$ 29.508,75
<b>Folha líquida</b>	126.65%	R\$ 626.241,25
<b>Custo Total</b>	26.65%	R\$ 126.241,25
<b>Ganho mensal</b>	15.35%	R\$ 83.758,75
<b>Ganho ano</b>	15.35% x 12 meses	R\$ 1.005.105,00



Quando a contratação de serviços de mão-de-obra é realizada por uma cooperativa, a contratante deixa de pagar o INSS patronal na razão de 21 a 24%, que depende do enquadramento da contratante, bem como deixa de pagar o FGTS com multa e 13º salário, sendo garantido aos cooperados os demais direitos sociais, (férias acrescida de 1/3; periculosidade; insalubridade; adicional noturno e repouso seminal remunerado) e rateio das sobras do fechamento do balanço, Segundo artigo 7º da Lei 12.690/12.

### **5.1,1 VARIÁVES DE CUMPRIMENTO DE METAS**

As informações apresentam os encargos sociais de um órgão público, descrita as margens aos limites de encargos sociais, que por sua vez, destacam as despesas com pessoal, com margens expressivas que revela os gastos com contratação de serviços de mão-de-obra.

### **5.1.2 ÓRGÃO PÚBLICO – CUMPRIMENTO FISCAL**

O desdobramento do disposto no art. 169 da Constituição Federal, resultou na regulamentação da Lei Complementar nº 101/2000.

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - Se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II- Se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

O quadro II, revela a desoneração da Folha; retorno ISSQN; redução do índice de participação de pessoal para 100% nos serviços de contratação de pessoas e economia de até 2 vezes o valor da Folha/ano.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este artigo teve como fonte/base, nos dispositivos das Leis 12.690/2012, Art. 2º; 5.764/71, Art.4º; 2.594/2012 e nas Resoluções do TCE/TO nº 326/2019 e 6/2020 e nos websites abaixo referenciados na bibliografia, para obtenção dos objetivos da pesquisa.

Em relação ao planejamento, foi verificou-se que existe relação positiva e significativa com variáveis de cumprimento de metas e limites. No entanto, quando realizados pela própria administração pública, consta-se um percentual acima do índice permitido de 53,1%, fundamentada pela Lei Complementar nº 101/2000.

Embora a transparência venha se modificando e se adaptando com o passar dos anos, os resultados sugerem que essas contratações de serviços de mão de obra, seja realizada por uma empresa terceirizada “cooperativa”.

Quanto ao “controle”, existe, uma relação positiva de cumprimento de metas e limites, em referência as previsões negativas ao índice prudencial da folha de pagamento, realizada pela gestão pública.

Há análise dos resultados, levantou algumas questões e reflexões, principalmente no tocante, às variáveis relacionadas com o cumprimento de limites, como índice prudencial da folha de pagamento. Na maioria dos Municípios do Brasil, esse índice se encontra acima do permitido, conseqüentemente tais municípios devem procurar meios de reduzir esses limites, para não gerar improbidades administrativas e o gestor se enquadrar na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Anteriormente a terceirização só era aplicada para contratar serviços que se enquadravam como atividade “meio”, atualmente já existe fundamentação jurídica, que autoriza a contratação de serviços de mão de obra, para as atividades fins. No entanto o Tribunal de Contas do Tocantins, orienta fazer esse tipo de contratação por chamamento público.

Recomendando-se, ao Município que busca realizar esse tipo de contratação “terceirização de serviços de mão de obra”, por cooperativa, fazer uma consulta pública ao Tribunal de Contas do Estado, afim de evitar o cancelamento da licitação. Tendo em vista, cada Tribunal de Contas tem seu próprio entendimento sobre o

assunto, isso evita que o gestor público, utilize a terceirização de mão-de-obra, como forma de ludibriar o concurso público.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

Blor: HBELINE, A LRF e o limite de gastos com pessoal em municípios. < <https://poderdacontabilidade.com.br/limite-de-gastos-com-pessoal/,Palmas-TO> >, 16 de agosto de 2019, horário 13:00 horas.

Presidência da República Casa Civil Lei Complementar nº 101 – Planalto, [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm), Palmas -TO, 16 de agosto de 2019, horário 13:48 horas.

Presidência da República Casa Civil Lei Planalto, < [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12690.htm) Palmas – TO >, 16 de agosto de 2019, horário 14:00 horas.

Tocantins Cooperativo LEI NO 2.594, DE 11 DE JUNHO DE 2012. < [www.tocantinscooperativo.coop.br/lei-no-2-594-de-11-de-junho-de-2012/](http://www.tocantinscooperativo.coop.br/lei-no-2-594-de-11-de-junho-de-2012/) Palmas – TO>, 16 de agosto de 2019, horário 14:40 horas.

ICERMAN, Rhod C; SINASON, David H. Government accountability to the public the dynamics of accountability in the U.S. Public Fund Digest. v.7, n.1, p. 64-80, 1996.

CRUZ, Nuno F.; et al. Measuring local government transparency. Public Management Review, v. 18, p. 866-893, 2015.

Lei Complementar nº 101/2000. < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) > ccivil\_03 > leis > lcp > lcp101 > Palmas, 24 de outubro de 2019.

Lei 12.690/2012, Art. 2º. < <https://www.jusbrasil.com.br> > topicos > artigo-2-da-lei-n-12690-de-19-de...> Palmas, 22 de outubro de 2019.

Lei 5.764/71, Art.4º. < <https://www.jusbrasil.com.br> > busca > q=Art.+4+da+Lei+5764> Palmas, 20 de outubro de 2019.

Lei 2.594/2012. < [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) > ccivil\_03 > \_Ato2011-2014 > Lei > Palmas, 18 de outubro de 2019.

Resolução do TCE/TO nº 326/2019. PLENO. 1. Processo nº: 2978/2019. 2. Classe de assunto: 2. Prefeitura do Município de Palmas -TO. 12, junho de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Despesas com pessoal na Administração Pública Municipal. Art. 169, § 1º, I e II. Palmas, 25 de outubro de 2019.

Resolução do TCE/TO sob nº 6/2020 – PLENO. Processo nº 11654/2019. 2. Classe de assunto: Prefeitura do Município de Brejinho de Nazaré -TO. 11 fevereiro 2020.

Site: AFNOTÍCIAS. <<https://afnoticias.com.br/estado/apos-sete-anos-tocantins-sai-do-vermelho-e-se-reenquadra-nos-limites-de-gastos-com-pessoal>>. 03 de março de 2020. horário 18:47 horas.  
Carta Magna, CRFB, Constituição Federativa do Brasil, Artigo 169, <[www.senado.leg.br](http://www.senado.leg.br)> const > con1988 > con1988 26.06.2019 > 15 de março de 2020. horário 10:48 horas.

Lei Complementar nº 82 PLANALTO, <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> ccivil\_03 > LEIS > LCP > Lcp82> 14 de março de 2020. Horário 5:30 horas.

## O EFEITO SECUNDÁRIO DA CONDENAÇÃO DE RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE DAS DESPESAS CUSTEADAS EM FAVOR DA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

### HAMANDA DE AZEVEDO CARVALHO:

bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário  
santo Agostinho – UNIFSA.

FABLYNA JOYCE DE SOUSA E SILVA<sup>[1]</sup>

(coautora)

GUSTAVO LUIS MENDES TUPINAMBÁ RODRIGUES<sup>[2]</sup>

(orientador)

**RESUMO[3]:** O presente trabalho tem como objetivo analisar a assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, em conformidade com o art. 9º, § 4º, Lei 11.340/06, conhecida popularmente por Lei Maria da Penha, ao tratar sobre questões dos efeitos secundários da condenação em relação ao ressarcimento ao Sistema Único de Saúde-SUS, das despesas custeadas em favor da vítima de violência doméstica. Para discorrer sobre o assunto, foi necessário conhecer o breve histórico das desigualdades contra a mulher, a luta das mulheres pela igualdade de gênero, como suas conquistas. Além disso, discorrer sobre a origem da Lei Maria da Penha e conhecer os tipos da violência doméstica e familiar. Para abordar o tema, utilizou-se de métodos dedutivos, a pesquisa é de natureza bibliográfica, com o uso da doutrina e artigos científicos.

**Palavras-chave:** Efeito Secundário. Violência Doméstica. Direitos da Mulher. Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Os Efeitos da Condenação com Ênfase no Efeito Secundário. 3. A Lei Maria da Penha e a Política Criminal de Amparo para as Vítimas De Violência Doméstica Familiar. 4. Ressarcimento ao Sistema Único De Saúde das Despesas Custeadas em Favor da Vítima de Violência Doméstica. 5. Considerações finais. 6. Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

A lei nº 11.340/06 traz o nome da “idealizadora” de todo um movimento histórico da nossa sociedade brasileira, diante de tudo que passou no seu relacionamento abusivo e das tentativas de homicídio que sofreu. Devido ao mencionado, a lei ficou conhecida como “Lei Maria da Penha”.

A promulgação da Lei Maria da Penha representou uma conquista para as mulheres, um marco histórico de um rompimento marcado por uma sociedade

patriarcal, ao resguardar os direitos da mulher e punindo o agressor responsável pela violência. A partir desse momento, vem uma luta árdua pela igualdade de direitos e garantias perante a sociedade.

Apesar de muitas alterações, desde a sua promulgação, com o intuito de diminuir os casos de violência doméstica e familiar contra mulheres, a lei não conseguiu sua total eficácia, mesmo com todas as assistências que foram criadas exclusivamente para este público alvo, como, varas específicas de violência doméstica e familiar, os amparos para as mulheres agredidas com medidas de proteção e urgência, e a condenação de pena ao agressor, o mesmo não se sente coibido de não praticar a violência, assim, acabou por gerar percentuais de violência cada vez maiores ao invés de baixar o índice.

O presente artigo tem como abordagem a Lei Maria da Penha e sua alteração ocorrida em 2019, pela Lei 13.871, tem como objetivo responsabilizar o agressor a ressarcir o Sistema Único de Saúde pelas despesas custeadas em favor da vítima violência doméstica e familiar.

A alteração consiste no art. 9º no § 4º da lei 11.340/06, que discorre sobre:

§ 4º Aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial a mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a tabela SUS, os custos relativos aos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas em situação de violência doméstica e familiar, recolhidos os recursos assim arrecadados ao Fundo de Saúde do ente federado responsável pelas unidades de saúde que prestarem os serviços. (BRASIL, 2019)

Diante disso, os efeitos secundários da condenação, na sua condição extrapenal possuem duas subdivisões que são os efeitos genéricos e efeitos específicos. No efeito genérico, traz a hipótese de tornar certa a obrigação de indenizar, como a obrigação de indenizar é julgada na esfera cível, não precisa aguardar a condenação na esfera penal.

## **2 OS EFEITOS DA CONDENAÇÃO COM ÊNFASE NO EFEITO SECUNDÁRIO**

Os efeitos da condenação são repercussões jurídicas provenientes da condenação de um réu pelos atos ilícitos cometidos. Divide-se em efeitos principais e efeitos secundários. Os efeitos principais referem-se à própria consequência



jurídica direta/imediata da sentença condenatória; é a aplicação da pena (privativa de liberdade, restritiva de direito, multa, possível medida de segurança). Os efeitos secundários, que estão ligados aos efeitos principais, podem ser classificados em penais que são, qual seja: o Código penal, Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal. Quanto aos de natureza extrapenais estão elencados nos artigos 91 e 92 do estatuto repressivo, e são nomeados efeitos genéricos e específicos da condenação.

Como diz Nucci (2019, p.531), conforme citado por Frederico Marques, são efeitos secundários e acessórios da sentença condenatória:

“ao lado dos efeitos que a condenação produz como ato jurídico, consequências dela derivam como fato ou acontecimento jurídico. A sentença condenatória, de par com seus efeitos principais, tem o que alguns denominam efeitos ‘reflexos e acessórios’, ou efeitos indiretos, que são consequência dos efeitos principais, ou efeitos da sentença como fato jurídico” (NUCCI, 2019, p. 531).

Nesse sentido, o efeito principal é o que fixa a pena da sentença condenatória, assim, podendo atribuir efeitos secundários, mas sem comparar com penas acessórias antigas, que foram extintas pela Reforma Penal de 1984.

A diferença entre as penas principais e acessórias é que a acessória depende da principal para sua aplicação na sentença, assim como a pena acessória se difere dos efeitos da condenação, porque em alguns casos, como do art. 92 do CP, são facultativas. Já as penas acessórias tinham que ser julgadas e fundamentadas pelos magistrados, não podiam ser julgadas automaticamente pela sentença condenatória.

Desse modo, os efeitos previstos no art. 92 do CP são, como relatam Real Júnior, Dotti, Andreucci e Pitomba:

“sanções jurídicas, visando a consequência outras que não de caráter penal. Não guardam cunho retributivo. Estão presididos pela finalidade de prevenção, na medida em que inviabilizam a manutenção de situações que propiciam a prática do fato delituoso, assim o desestimulando” (Penas e medidas de segurança no novo Código, 1987, p. 259.)

Nesse caso, é conveniente falar em efeitos da condenação do que em penas acessórias, não está conferido ao Estado o poder de dispor ao acusado duas penas,

que são a principal e acessória, já que, para ser aplicada a acessória precisa da principal.

Os efeitos secundários extrapenais, tem sua atuação por fora do âmbito penal, onde são chamados de genéricos e específicos, encontram-se previstos nos artigos 91 e 92 do Código Penal.

No artigo 91 do Código Penal, tem-se os efeitos genéricos, e no seu inciso I, discorre sobre tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Segundo Nucci (2019), trata de um efeito automático, que não precisa o pronunciamento do juiz na sentença condenatória, deste modo configura em um título executivo judicial, previsto no art. 515, VI do Código de Processo Civil, liquidado na esfera civil. No entanto, a vítima ou seus sucessores não precisam esperar a sentença definitiva na ação penal, para pedir a indenização pelo dano causado.

Cumprir destacar que, a sentença condenatória só pode ser instruída no juízo cível e contrariamente ao réu na ação criminal. Neste sentido, visa estabelecer que o réu que não tinha na ação penal, é preciso de ação cível especificada, tendo a ação penal apenas como prova, e não como título executivo.

No entanto, mesmo com o fato da prescrição ou qualquer outro tipo de causa extintiva de punibilidade permanece a obrigação de reparar o dano causado pelo título executivo. Sendo que na extintiva de punibilidade, a vítima tem que tratar no cível a culpa do réu.

A segunda subdivisão dos efeitos genéricos determina que a perda, em favor da União de bens e valores de origem ilícita, é mais uma hipótese de efeito automático, que não precisa da declaração do juiz na sentença. O confisco foi muito usado antigamente o qual poderia se estender até pessoas inocentes, quando os réus não tinham como liquidar a dívida causada por ele, desse modo, podiam ser confiscados os bens dos parentes. Sendo uma conduta desumana, não é aceita nos dias de hoje pois é resguardado pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, XLV.

Os efeitos da condenação não mais se associam com essa medida injusta, no qual se limitam aos instrumentos e produtos usados na prática do delito. São confiscados pelo Estado apenas os instrumentos que são ilícitos, e como regra, o produto do crime é objeto de apreensão. Entretanto, quando o proveito do delito for convertido em bens móveis e imóveis se tornando de origem lícita, não se pode fazer a apreensão, nesse caso, esses bens são sequestrados, resguardado pela medida assecuratórias prevista nos art. 125 e 132 do Código de Processo Penal.

A Lei 12.694/12 acrescentou o §1º que descreve explicitamente “poderá ser decretada a perda de bem e valores equivalente ao produto ou a proveito do crime, não encontrados ou quando se localizar no exterior” (BRASIL, 2012). A finalidade é evitar a ocultação dos bens e valores adquiridos no crime, localizado no Brasil ou no exterior. No § 2º da Lei 12.694/12, onde o acusado ou investigado pode ter perda de seus bens ou valores, amparado na legislação prevista nas medidas assecuratórias.

O art. 91-A do CP, introduzido no Código há pouco tempo, segundo Bitencourt:

“Foi adotado disfarçadamente o inconstitucional confisco de bens e valores, substituindo nessa hipótese, por efeito da condenação, no caso de perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.” (BITENCOURT, 2020.)

Neste contexto, o seu §1º especifica quais bens do condenado podem ser atingidos pelo confisco de bens que são aqueles de sua titularidade, o que tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração ou recebido posteriormente, e transferido a terceiro a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade.

Assim, vasculhado todo o seu passado e os bens que o condenado detém, onde viola a privacidade dos cidadãos, as garantias constitucionais, sem justa causa, pois não tem vínculo de infração penal específica, no qual o condenado perde o sigilo bancário, e revolve as declarações de imposto de renda.

Em continuidade, no artigo 92 do Código Penal estão elencados os efeitos específicos, não se trata de um efeito automático, onde não precisa da motivação do juiz na sentença, tendo como sanção jurídica e não penal.

Primeiramente, no inciso I relata a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, essa previsão elenca todos os crimes que um funcionário consiga praticar proveitos de forma ilícita pelo seu cargo, assim, na alínea a, que trata sobre a aplicação da pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever contra a Administração Pública.

Assim, é essencial que o agente tenha violado de alguma forma os deveres que lhe foram atribuídos na condição de funcionário público. Vale ressaltar que, ao condenado desonesto ou mal-intencionado que agir com abuso ou desvio de poder

em geral, para ser afastado da Administração Pública, precisa dos dois requisitos fundamentais do art. 91, I, a, além da fundamentação do juiz na sentença, pois se trata de um feito não automático.

No entanto, para Bitencourt (2017, p. 884) “a perda não pode abranger qualquer cargo, função ou atividade eventualmente exercidos pelo condenado”. Desse modo, delimita está pessoa no exercício do qual praticou o abuso, porque a interdição recai sobre a violação de dever que lhe foi conferido.

Logo, a aposentadoria não apresenta os requisitos do artigo 92 do Código Penal, já que se trata de um direito inativo, por isso a condenação criminal não pode afetar caso tenha passado a inatividade, os que não estão mais em exercício do cargo.

Em prosseguimento, na alínea b discorre sobre: quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos, nessa segunda hipótese da perda do cargo, função ou mandato eletivo incidirá na graduação da pena, causado pela a infração penal. Portanto, nessa modalidade, a perda tem que ser declarada justificadamente pelo juiz na sentença condenatória.

Neste norte, o condenado não pode ser reintegrado no cargo ou função, mesmo depois da reabilitação. Poderá ser habitado novamente em outro cargo ou função de atividade pública, mas não naquela que foi exonerado definitivamente pela condenação criminosa.

O efeito extrapenal no qual determina a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos sujeitos a pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado, previstos no artigo 92, II do Código Penal, preceitua que:

“a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado.” (BRASIL, 2018)

Dessa forma, não importa qual montante da pena aplicada, o que interessa é apenas ser crime doloso cominada com pena de reclusão.

Desse modo, a incapacidade elencada acima se refere para o seu exercício. Embora seja permanente, com a reabilitação pode ser eliminada, assim só afasta o reabilitado de no futuro exercer a obrigação com o indivíduo que eventualmente, pudesse ficar sob seu poder, seja ele tutelado, curatelado ou de outros filhos. Diante

disso, de acordo com a lei civil a pessoa que é capaz de agredir, com violência ou grave ameaça, os próprios familiares não têm como exercer o dever estabelecido do poder familiar.

Por fim, o artigo 92, inciso III do Código Penal trata da inabilitação para dirigir veículo utilizado em crime doloso, é um efeito não automático, que precisa da declaração do juiz na sentença condenatória, e segundo Capez (2019) somente pode ser usado quando o veículo for utilizado como meio para a prática de crime doloso, não se pode confundir a inabilitação para dirigir veículos com a proibição temporária, com pena restritiva, estabelecida aos condenados de crime culposo no trânsito.

### **3 A LEI MARIA DA PENHA E A POLÍTICA CRIMINAL DE AMPARO PARA AS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR**

Ao falar sobre a Lei Maria da Penha não poderíamos deixar de citar sobre sua história, como as mulheres eram tratadas nos primórdios antes da promulgação e principalmente seus direitos e deveres.

Em épocas passadas, a imagem da mulher perante a sociedade não era de sujeito de direito e deveres, sua existência era apenas aos cuidados da prole e do lar, essas características se passaram por várias épocas, surgindo muitos debates sobre as desigualdades sofridas pelas mulheres.

Segundo Scott (1995), o patriarcalismo é uma estrutura social formada por mulheres inferiores/subordinadas aos homens, ou seja, o patriarcalismo era considerado a superioridade masculina perante as mulheres. A sociedade patriarcal coloca o sexo masculino hierarquicamente superior ao feminino, ao impor a mulher apenas obedecer às regras impostas pelo pai, avô e marido, pois eles eram considerados os provedores da família.

Hahner (1981, p.85) descreve que: "enquanto os homens podiam esperar ter uma variedade de ambições e habilidades, as mulheres eram destinadas desde o nascimento a serem mães e esposas em tempo integral." Desde os primórdios a mulher era atribuída aos costumes do lar, ou seja, uma esposa devota, boa mãe e responsável por manter a ordem e a organização da família.

No passado, a sociedade estipulava apenas homens e mulheres para diferenciar e "direcionar" o sexo mais frágil. Vários debates surgiram a respeito das desigualdades sofridas sobre as mulheres, resultando a mudança de "mulher" para "gênero", ao trazer uma diferença social da biológica, substituindo a época patriarcal com papéis rígidos e diferenças entre homens e mulheres.

Segundo Teles e Melo (2003) o termo gênero é utilizado para:

[...] demonstrar e sistematizar as desigualdades socioculturais existentes entre mulheres e homens, que repercutem na esfera da vida pública e privada de ambos os sexos, impondo a eles papéis sociais diferenciados que foram construídos historicamente, e criaram pólos de dominação e submissão. Impõe-se o poder masculino em detrimento dos direitos das mulheres, subordinando-as às necessidades pessoais e políticas dos homens, tornando-as dependentes. (MELO, 2003, p. 16).

Diante disso, trata-se de um comportamento social a fim de demonstrar que o termo gênero enfatiza, que são as desigualdades socioculturais entre homens e mulheres perante uma sociedade patriarcal, na qual repercute tanto na vida pública como a vida privada.

Nos anos 80, em São Paulo, a marcha do movimento SOS Mulher as mulheres gritavam a seguinte frase: "Mulher não é propriedade, nem do pai, nem do marido, nem do patrão." (SILVA, 2017), essa marcha foi convocada em resposta a morte de Eliane de Grammont que foi assassinada brutalmente pelo seu ex-marido. Com essa frase se tem uma reflexão sobre todo o contexto em relação às desigualdades sofridas pelas mulheres.

A desigualdade sofrida pelas mulheres nos coloca uma indagação em questão: por que a mulher era vista como uma "propriedade" e não como um sujeito? Com toda a cultura machista que nos cerca as mulheres ainda sofrem algumas desigualdades.

Segundo Campos (2008, p. 09), destaca-se acerca da temática:

A violência contra a mulher constitui uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que levam à dominação e à discriminação por parte do homem, impedindo o avanço pleno da mulher e lhe atribuindo um papel secundário. A essa violência, que nasce da superioridade imposta por um sexo ao outro – dos homens sobre as mulheres – e afeta toda a organização social, convencionou-se chamar violência de gênero, que é a violência



sofrida pelo simples fato de ser mulher, sem distinção de raça, classe social, religião, idade ou qualquer outra condição, produto de um sistema social que subordina o sexo feminino.

A violência sofrida pelas mulheres é o resultado de um controle autoritário imposto pelos homens, que por décadas as mulheres eram tratadas como seu objeto, com finalidade de ser submissa aos seus caprichos.

Uma das situações que nos remete as desigualdades sofridas pela mulher em face da sociedade era o direito de votar que anos atrás não se tinha. A mulher não era “apta” para isso, essa capacidade era apenas para cidadãos (homens), e não estava presente no direito das mulheres e isso demonstrava que não era vista como cidadã perante a sociedade, a faculdade de voto e também participar da vida política trouxe uma mudança significativa para as mulheres.

Diante disso, a lei nº 11.340/06 traz o nome da “idealizadora” de todo um movimento histórico da nossa sociedade brasileira, diante de tudo que passou no seu relacionamento abusivo e das tentativas de homicídio que sofreu à vista disso a lei ficou conhecida como “Lei Maria da Penha”.

Maria da Penha sofreu dupla tentativa de feminicídio por parte de seu ex-marido Marco Antônio Heredia Viveros, como consta o relato na sua bibliografia presente no seu instituto: “ele deu um tiro em suas costas enquanto ela dormia. Como resultado dessa agressão, Maria da Penha ficou paraplégica devido as lesões irreversíveis na terceira e quarta vértebras torácicas, laceração na dura-máter e destruição de um terço da medula à esquerda – constam-se ainda outras complicações físicas e traumas psicológicos. [...] ele a manteve em cárcere privado durante 15 dias e tentou eletrocutá-la durante o banho.” (IMP, 2018).

Na época da edição da Lei 11.340, Arlindo Chinaglia (2007, p.5), presidente da Câmara dos Deputados, declarou que:

“A tragédia pessoal de Maria da Penha virou símbolo da luta contra os maus-tratos físicos, psicológicos e morais sofridos por parcela significativa da população feminina brasileira, os quais revelam a prevalência, até hoje, dos piores aspectos da cultura patriarcal e machista em nossa sociedade. Esses delitos assumem dimensão especialmente cruel quando se constata que a maioria das agressões ocorre no espaço doméstico e são praticadas por membros da família. Em tais casos, além de vitimarem as mulheres, têm grave repercussão sobre os filhos e podem levar à desestruturação do núcleo familiar. Estimulam

a persistência de comportamentos violentos; geram situações de desajuste para crianças e adolescentes; prejudicam sua educação e formação. Além disso, expõem a face mais perversa da desigualdade de gênero, ao afrontarem direitos elementares à dignidade, à saúde e à própria vida das pessoas agredidas. ”

O caso de Maria da Penha no qual ela sofreu inúmeras agressões tanto física, psicológica e moral, obteve no seu caso repercussão mundial e acabou por trazer algo à tona, quanto mais às mulheres denunciarem as agressões nada iria acontecer com seus agressores, afinal, o crime era julgado pela justiça comum.

Diante disso, a Lei 11.340/06 foi idealizada para:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

A Lei Maria da Penha foi criada para coibir violência doméstica e familiar contra a mulher, como é tratado no artigo 226, § 8º da CF/88, onde o Estado assegura proteção e assistência para pessoas que passam por violência doméstica. A violência doméstica é uma prática abusiva contra a vítima, geralmente seu agressor é o marido ou familiares mais próximos, trata-se de um comportamento impositivo para demonstrar autoridade e diminuir e/ou desvalorizar a mulher no seio familiar.

De acordo com Teles e Melo (2003), a violência em seu cotidiano significa, o uso da força física, psicológica ou verbal, com intuito de obrigar outra pessoa a fazer algo que não seja sua vontade; é fazer com que a pessoa fique constrangida com algo mais simples que seja a sua reação sobre isso, é privar que ela faça algo e com isso ela fique sem sua liberdade, é impedir a outra pessoa de manifestar seu desejo e sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada, lesionada ou morta. É um meio de coagir, e oprimir suas vontades, de submeter outrem ao seu domínio, conseqüentemente, uma violação dos direitos essenciais do ser humano.

As grandes ocorrências se partem não apenas na questão de gênero, mas também nas questões de desigualdade social ou cultural, onde o agressor na maioria das vezes se faz de “alfa” da família. Hoje, nos relacionamentos em sua grande maioria o homem se faz frio, calculista e manipulador para subjugar a mulher e deixá-la como o ponto mais vulnerável da relação.

A violência doméstica é praticada dentro de casa, entre parentes, principalmente entre marido e mulher, podendo ocorrer contra a criança (filho) ou idosos. Conforme está previsto no artigo 7º de seus respectivos incisos da Lei 11.340/06, a violência doméstica pode ser física, emocional, social, financeira, patrimonial, moral ou psicológica, incluindo diversas práticas, desde o abuso sexual até os maus tratos.

Ante o exposto, a preocupação da sociedade é garantir a segurança e a integridade da população, acarretando um enfoque nas garantias constitucionais, principalmente as políticas públicas em relação às vítimas de violência doméstica. Com o passar do tempo, vários assuntos que eram considerados tabu se tornaram mais discutidos em debates na nossa sociedade, diante disso, as discussões sobre o amparo para as vítimas de violência domésticas também se tornam um assunto mais acessível.

Diante disso, podemos compreender como políticas públicas as “[...] intervenções de uma autoridade investida pelo poder público e de legitimidade governamental sobre um setor específico da sociedade ou de um território” (MULLER, 2002 p.36). O autor descreve que as políticas públicas buscam solucionar problemas com a intervenção da autoridade competente e conseqüentemente buscar soluções para o mesmo.

Hofling diz que (2001, p.31)

As políticas públicas são aqui compreendidas como as de responsabilidade do Estado quanto à implementação e manutenção a partir de um processo de tomada de decisões que envolve órgãos públicos e diferentes organismos e agentes da sociedade relacionados à política implementada. Neste sentido, políticas públicas não podem ser reduzidas a políticas estatais.

Assim sendo, as atividades desenvolvidas pelo Estado como meio de melhoria para a população é um feito das políticas públicas, como os elencados no artigo 226 §8º da Constituição Federal “[...] § 8º O Estado assegurará a assistência à família na

pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal é responsável na assistência à família que corre risco de violência, incumbe a ela orientar o governo de como agir para solucionar possíveis problemas, constituir políticas públicas, baseando-se em garantir os direitos constitucionais inerentes ao cidadão.

Diante disso, com o aumento das redes de atendimento para as vítimas de violência doméstica e familiar possibilitou um amparo mais eficaz. Além da criação dos juizados, o trabalho realizado pela Defensoria Pública, abrigos caso seja necessário, atendimento nos Centros de Referência de Assistência Social- CRAS e também as campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar.

Em suma, as políticas públicas são de grande importância para a resolução de problemas pertinentes a violência doméstica e familiar. E com esses mecanismos a procura e/ou criação de meios necessários para atender as demandas que possam surgir e assegurar a resolução desses problemas.

Com advento da Lei Maria da Penha se garantiu mais severidade aos crimes de violência doméstica e familiar, principalmente em relação aos aspectos processuais, com punições mais severas o que difere de antigamente, onde a violência doméstica era vinculada igualmente a outros tipos de crimes tratados pelo código penal, no qual era julgada pela justiça comum.

Segundo o artigo 8º, da Lei 11.340/06, estabelece que a política pública para coibir a violência doméstica se faz por intermédio da União, Estado e Municípios (BRASIL, 2006). Nesse sentido, a assistência se faz diante dos órgãos competentes e responsáveis para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Com a promulgação da Lei Maria Penha, criou-se uma política pública para enfrentar a violência doméstica e familiar, através de ações para programar medidas de apoio, proteção e amparo para as vítimas. Com essas ações, será possível atender necessidades básicas, como a saúde, assistência jurídica, preservação da integridade física e psicológica e entre outros.

O que ensejou a criação de Juizados Especiais da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), com competência cível e criminal, estabelecendo assistência de atendimento para as vítimas e medidas de proteção. Com a criação dos juizados, possibilitou um amparo/assistência para a vítima que se encontra em uma situação de risco, e com isso uma segurança mais efetiva para as mesmas.

Com a criação de JVDFM trouxe uma preocupação após o registro do Boletim de Ocorrência, que era a questão de resguardar a integridade da vítima no retorno de sua casa e preservar sua vida e de seus dependentes do agressor. Diante disso, surge a importância de criar uma medida protetiva para garantir tais proteções à vítima, com intuito de “tirar” o agressor de perto da vítima e resguardar sua integridade. (FRAGA & CARNEIRO, 2012).

As medidas protetivas visam proteger fisicamente, moralmente, psicologicamente e patrimonialmente a mulher vítima de violência doméstica e familiar, diante disso, visa garantir proteção jurisdicional contra o agressor.

O legislador com o intuito de combater uma injusta tradição da sociedade machista, buscou meios para combater impunidades ou até mesmo proteções frágeis com autorização de medidas protetivas de urgência em favor da vítima, tendo como uma conquista sobre uma sociedade machista onde o homem tem o comportamento de dono sobre a mulher.

No que tange os procedimentos em que a autoridade policial deve adotar, estão elencados: deverá ouvir a ofendida, lavrar o boletim, colher todas as provas e suas circunstâncias, remeter no prazo de 48 horas ao juiz com o pedido da ofendida, determinar que proceda ao exame de corpo de delito da ofendida, ouvir o agressor, ordenar a identificação do agressor e juntar os autos de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão, e remeter os autos do inquérito ao juiz e ao Ministério Público.

A garantia policial a mulher vítima de violência, tem como estratégia de atendimento prioritário para as mulheres em situação de risco, tem como ponto de apoio um local seguro quando houver perigo eminente. Conforme o artigo 10 da lei 11. 340/06 “Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis. ” (BRASIL, 2006) Como os abrigos para mulher vítima de violência doméstica e seus filhos que possam ficar e evitar danos irreparáveis, sendo obrigação do Estado fornecer tal equiparação.

#### **4 RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE DAS DESPESAS CUSTEADAS EM FAVOR DA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

A Lei Maria da Penha surgiu como uma inovação jurídica ao resguardo dos direitos da mulher, considerada como uma importante conquista no combate a violência doméstica e familiar contra as mulheres, a mesma compõe garantias e direitos fundamentais inerentes a sua segurança e integridade física.

A evolução histórica e gradativa expõe que não é mais aceitável o tratamento desigual em que as mulheres viviam, e assim conseguem garantir o seu devido respeito perante a sociedade, acarretando mudanças consideráveis no cenário atual.

Apesar disso, o número de casos de violência doméstica é crescente, necessitando de alterações na Lei 11.340/06 para garantir mais efetividade e uma eficiente aplicabilidade em seu ordenamento. Segundo (Moraes, 2019), a Lei Maria da Penha faz a diferença para as vítimas de violência doméstica e familiar, visto que proporcionou um novo olhar para leis mais eficazes em relação aos agressores, no entanto a lei ainda precisa percorrer um grande caminho.

Diante disso, o projeto de Lei da Câmara nº131 de 2018 deu origem a Lei 13.871/19 de autoria dos deputados Deputado Federal Rafael Motta (PSB/RN) e da Deputada Federal Mariana Carvalho (PSDB/RO). Com a promulgação do projeto de lei, o agressor passou a se responsabilizar pelo ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS), onde o dinheiro deverá ser depositado no Fundo de Saúde do ente federado responsável pelas unidades de saúde que prestarem os serviços, o Estado poderá cobrar do agressor os valores gastos para o tratamento da vítima.

A lei 13.871/19 dispõe:

Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre a responsabilidade do agressor pelo ressarcimento dos custos relacionados aos serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) às vítimas de violência doméstica e familiar e aos dispositivos de segurança por elas utilizados.

A lei 13.871 publicada, em 17 de setembro de 2019, acrescenta três parágrafos ao artigo 9º da Lei Maria da Penha. Entre os novos acréscimos, entrou em vigor o parágrafo 4º determinando que o agressor deverá ressarcir todos os danos causados a vítima, inclusive ao SUS pelos custos do atendimento prestado à vítima.

Rosa (2020), afirma as alterações que a lei trouxe:

As alterações trazidas pela nova Lei mencionam que o causador da violência física, sexual ou psicológica, e do dano moral ou patrimonial, cometido contra a mulher, fica obrigado a ressarcir todos os gastos por ela suportados, inclusive ao Sistema Único de Saúde (SUS), quanto aos custos relativos aos serviços prestados para o total tratamento da vítima, mulher, que fora violentada em ambiente doméstico.



A nova legislação inicia uma política pública de imediata reparação em face dos danos causados pelo agressor. Com a inclusão, agora o agressor fica responsável pelo ressarcimento dos custos relacionados aos serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), como o custo de tratamentos físicos e psicológicos pelo SUS e os valores gastos nos dispositivos de segurança colocados à disposição das mulheres.

Além disto, o ressarcimento não poderá atingir o patrimônio da mulher e nem dos seus dependentes, pois o ressarcimento não configura atenuante ou enseja possibilidade de substituição da pena aplicada ao agressor. Conforme o § 6º da Lei 11.871/19: "O ressarcimento de que tratam os §§ 4º e 5º deste artigo não poderá importar ônus de qualquer natureza ao patrimônio da mulher e dos seus dependentes, nem configurar atenuante ou ensejar possibilidade de substituição da pena aplicada." (BRASIL, 2019)

É considerável ressaltar que o ressarcimento não descarta os procedimentos que a mulher em situação de violência doméstica e familiar precisa prosseguir, como registrar Boletim de Ocorrência, solicitar Medida Protetiva de Urgência, pois será indispensável a demonstração de existência da violência doméstica e familiar para a aplicação da Lei Maria da Penha.

Deve-se lembrar que a obrigação de ressarcimento de violência doméstica ou familiar não depende do trânsito em julgado de eventual condenação, ou seja, pode ser acionado na esfera cível, sem necessidade de aguardar o resultado na esfera penal.

Adélia Pessoa, presidente da Comissão de Gênero e Violência Doméstica do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM defende que: "A lei beneficia o governo (com o retorno aos cofres públicos, por meio do pagamento ao SUS) e não tanto a vítima. Quanto ao ressarcimento dos danos morais e materiais, já são há muito tempo previstos em lei" (IBDFAM, 2019). Nesse sentido, entende-se que a nova lei não beneficia a vítima de violência doméstica e familiar, apenas retorna ao Estado os valores gastos no tratamento da vítima e, responsabiliza o agressor a ressarcir o Estado.

Segundo (ROSA, 2020), o pagamento das despesas médicas não irá fazer com que o agressor repense antes de agredir a mulher. Diante disso, o Estado deveria investir em políticas públicas de prevenção de violência doméstica, prestando auxílio para proteger a vítima do seu agressor.

O Estado, ao passar a responsabilidade de pagamento para o agressor, dá a entender que o mesmo não se responsabiliza pela vida da vítima que corre risco, que

como figura central ao combate a violência doméstica e familiar se omite nas suas responsabilidades de proteção a vítima.

Percebe-se que a nova medida visa uma pena mais rigorosa para o agressor, no entanto o pagamento das despesas custeadas pelo SUS beneficia exclusivamente o governo, retornando aos cofres públicos, pouco contribuindo à defesa ou assistência da pessoa vítima de violência.

## **5 CONCLUSÃO**

Não há dúvidas que as mulheres enfrentaram dificuldades para conquistar seu espaço na sociedade, rompendo barreiras existentes na sociedade patriarcal, tirando dela a figura de sexo frágil, submissa e inferior.

A Lei Maria da Penha é um marco histórico na luta ao combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, desde sua promulgação beneficiou muitas vítimas, ao prever assistências mais eficazes para ampara-las. Apesar disso, a Lei ainda possui garantias tão pouco eficiente em relação a proteção a mulher vítima de violência doméstica e familiar.

Portanto, a nova legislação tem como objetivo fazer com que o agressor arque com todos os custos em favor da vítima, ressarcindo ao Sistema Único de Saúde por todos os tratamentos médicos. No entanto, a Lei não possui medidas que visam proteger a vítima, seu intuito é apenas ressarcir ao Estado por todos os seus gastos em favor da vítima.

Apesar disso, a Lei 13.871/19 não possui uma inovação jurídica em nosso ordenamento, uma vez que já existia uma forma de condenar o acusado em indenizar todos os danos causados pelo crime. Posto isso, no artigo 91, I do Código Penal, o efeito secundário da condenação na sua espécie genérica traz está hipótese de ressarcimento pelos crimes causados pelo acusado.

Diante do exposto, a nova alteração prevista no art. 9º, § 4º da Lei 11.340/06 redigiu que o acusado tem obrigação de indenizar todos os danos causados contra as mulheres que sofrem violência doméstica e familiar, e ainda determina o ressarcimento ao Sistema Único de Saúde referente as despesas custeadas em favor da vítima, deste modo, só frisa ainda mais o que os efeitos secundários da condenação elencam.

Percebe-se que o Estado perante a lei atua corretamente, mas faltam ações de prevenção e atuação mais apropriada, sendo falho nas políticas públicas em relação a fiscalização de suas medidas. Desse modo, a Lei 11.340/06 demonstra eficácia e

efetividade, porém a mesma não está sendo bem aplicada, gerando deficiência em sua execução.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. (**Constituição 1988**). Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1998.

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: 30 mar. 2020

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)

Acesso em: 14 mar. 2020

\_\_\_\_\_. **Lei 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Lei Maria da Pena. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.871**, de 17 de setembro de 2019. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Pena), para dispor sobre a responsabilidade do agressor pelo ressarcimento dos custos relacionados aos serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) às vítimas de violência doméstica e familiar e aos dispositivos de segurança por elas utilizados.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13871.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13871.htm)

Acesso em: 02 maio 2020

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.694**, de 24 de julho de 2012.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm)

Acesso em: 05 maio 2020

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)

Acesso em: 18 maio 2020

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 23. ed. ver., ampl. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 24. ed. ver., ampl. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2020.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal 1** - parte geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019

CARNEIRO, A. A.; FRAGA, C. K. Lei. **Maria da Penha e a proteção legal à mulher vítima em São**

**Borja no Rio Grande do Sul**: da violência denunciada à violência silenciada. Serv. Soc. Soc.no.110. São Paulo:2012.

Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-66282012000200008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-66282012000200008&script=sci_arttext)

Acesso em: 29 mar. 2020

CAMPOS, A. A. S. **A lei Maria da Penha e a sua efetividade**. Monografia. Curso de Especialização em Administração Judiciária. Universidade Estadual do Vale do Aracá. 2008. Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Ant%C3%B4nia-Alessandra-Sousa-Campos.pdf>

Acesso em: 08 maio 2020

DOTTI, René Ariel. et al. **Penas e medidas de segurança no novo Código**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

Hahner, June E. (1981). **A mulher brasileira e suas lutas sociais e políticas**: 1850-1937. (Maria Thereza P. de Almeida e Heitor Ferreira da Costa, trad.). São Paulo: Brasiliense.

HOFLING, Eloisa de Mattos. **Estado e políticas (públicas) sociais**. Cadernos Cedes, ano XXI, nº 55, 2001.

Instituto Maria da Penha. **Quem é Maria da Penha**. São Paulo: 2018. Disponível em: <http://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>

Acesso em: 14 mar. 2020

MORAES, Marcelo Silva de. **12 anos da lei Maria da Penha: e a violência doméstica não cessa e a lei é ineficaz.** 2019.

Disponível em: <http://repositorio.unitau.br/jspui/handle/20.500.11874/3483>

Acesso em: 12 maio 2020

MULLER, Pierre; SUREL, Yves. **Análise das políticas públicas.** Pelotas, Educat, 2002

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Rosa, Bárbara Limonta. **As alterações da Lei Maria da Penha pela Lei 13.871 de 2019: em briga de marido e mulher ninguém mete a colher?.** 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/noticias/as-alteracoes-da-lei-maria-da-penha-pela-lei-13-871-de-2019-em-briga-de-marido-e-mulher-ninguem-mete-a-colher/>

Acesso: 14 maio 2020

Santos, Rafael. Obrigar agressor a ressarcir o SUS não vai diminuir violência, dizem especialistas. **Consultor Jurídico,** 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-21/obrigar-agressor-ressarcir-sus-nao-diminuir-violencia>

Acesso em: 12 maio 2020

SCOTT, J. (1995). **Gênero: uma categoria útil de análise histórica.** Educação & Realidade, 20, 71-99.

Silva, Flávia. **Notas sobre Eliane de Grammont, "SOS Mulher" e a luta a contra a violência a mulher no Brasil dos anos 1980.** Esquerda Diário. São Paulo: 2017

Disponível em: [http://www.esquerdadiario.com.br/spip.php?page=gacetilla-articulo&id\\_article=13666](http://www.esquerdadiario.com.br/spip.php?page=gacetilla-articulo&id_article=13666)

Acesso em: 14 mar. 2020

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher.** São Paulo: Brasiliense, 2003.

NOTAS:

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA, E-mail: fablynaborges@hotmail.com.

[2] Orientador Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS, *E-mail:* gustavomtradv@hotmail.com.

[3] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI, junho de 2020.



