

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1029

(Ano XIII)

(17/07/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

## Conselho Editorial

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

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

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

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

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA** (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social, 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



#### **O ativismo político corroeu o judiciário**

*Roberto Monteiro Pinho, 08.*

### ARTIGOS

#### **Novos desafios frente a legislação civil: o impacto do meio digital no dever de vigilância parental**

*Lara Pinto Tibúrcio, 10.*

#### **O uso de algemas na audiência de custódia conforme a Súmula Vinculante do STF nº 11**

*Isabella Tonin Jorge, 22.*

#### **Dano moral e pessoa jurídica de direito público: virada na jurisprudência do STJ?**

*André dos Santos Luz, 25*

#### **Dano extrapatrimonial na esfera trabalhista: análise sob a perspectiva da (in)constitucionalidade da tarifação adotada pela reforma trabalhista**

*Suzana Rodrigues da Silva, 28.*

#### **Constelação sistêmica como meio para resolução de conflitos**

*Edson Ferreira Potente e Ana Maria Marques, 51.*

#### **O encarceramento feminino e a sistemática violação aos direitos fundamentais**

*Diana Cristina Vieira Nogueira e Lorrán Nicolas Pires dos Santos, 68.*

#### **Isolada em casa com o agressor: reflexo do aumento de casos de violência doméstica imposto pela pandemia de Covid-19**

*Carolina Prevedello Cruz, 84.*

#### **A valoração indevida da prova testemunhal no sistema persecutório penal**

*Renato Almeida Silva, 97.*

**Previdência Complementar: isenção do imposto de renda concedida ao portador de doença grave no resgate do plano PGBL**

*Edson Sebastião de Almeida, 121.*

**As medidas socioeducativas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990): uma análise social e constitucional da inserção em regime de semi liberdade e a prestação de serviço à comunidade**

*Nathan Salim Tayah, 185.*

**Prova e fundamentação da sentença**

*Fernanda Henriques Goncalves Zoboli, 205.*

**A renda básica de cidadania e o custo dos direitos sociais: iniciado o julgamento do MI 7.300/DF**

*André dos Santos Luz, 221.*

**A prova ilícita à luz do princípio da proporcionalidade**

*Fabio Macedo Machado, 224.*

**Alienação parental nas relações familiares**

*Sheila Rodrigues Marques, 267.*

**A imunidade tributária do Livro Eletrônico**

*Eduardo Filipo de Almeida, 312.*

**Teoria da asserção: Sua aplicação prática e consequências de ser a preterida pelo STJ**

*Júlia Martins Machado, 324.*

**A responsabilidade civil por danos de animais**

*Samuel Gomes Vieira de Negreiros, 338.*

**Herança digital: sucessão do patrimônio cibernético**

*Natielli Indalécio de Oliveira, 353.*

**A inviabilidade constitucional da decretação de ofício da prescrição intercorrente no processo de execução fiscal**

*Raphael Leite de Castro, 369.*

**O arquivamento e acautelamento (sobrestamento) dos Boletins de Ocorrências Policiais, assim como das notícias-criminais e suas consequências na atividade de persecução penal**

*Joaquim Leitão Júnior e Tristão Antonio Borborema de Carvalho, 399.*

**A judicialização da saúde pública**

*Bruna da Silva Bravo e André Henrique Oliveira Leite, 412.*

**A aplicação do princípio da insignificância ou da criminalidade da bagatela pelo Delegado de Polícia**

*Renata da Silva Lima, 424.*

**Responsabilidade do Estado pelos danos ocorridos no interior dos presídios brasileiros**

*Deivid Pereira Gomes, 434.*

**Gênero e cárcere: a influência do gênero nas prisões femininas**

*Emanuella Barros Mota de Souza, 441.*

**Voto de qualidade do CARF: dúvidas x crenças**

*Jéssyca Verucy Ribeiro Barbosa, 508.*

**A reforma trabalhista e a regulamentação do teletrabalho**

*Fernanda Sena Barbosa, 536.*

**A gravidade da situação carcerária nos presídios e cadeias públicas no estado do Amazonas**

*Fabício Pinheiro de Souza, 553.*

**Licitação e as inovações decorrente da pandemia causada Covid-19**

*Pedro Henrique Nunes de Carvalho, 573.*

**A linha tênue entre as medidas protetivas e o emprego legítimo da força letal como medida extrema em atividades policiais visando a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas**

*Willian Karlyan Ramos de Oliveira e Wallace Michael Oliveira Silva, 589.*

## O ATIVISMO POLÍTICO CORROEU O JUDICIÁRIO

**ROBERTO MONTEIRO PINHO:** Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos – SEDIC1.

Durante os governos do Partido dos Trabalhadores – PT (2003 a 2016) com Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff se constituiu no corpo do judiciário num belicoso ardil, período em que a exemplo de outros órgãos públicos, o judiciário brasileiro foi o que mais se transformou num apêndice dos petistas. O projeto de Poder do PT invadiu o setor público de tal forma que provocou na sociedade estrondosa reação.

Foi quando desencadeou uma onda discricionária, com juízes atuando como se fossem militantes petistas, e com isso suas decisões ganharam contornos exacerbados, criando uma nebulosa nada saudável para a qualidade das sentenças e prolatadas nos autos das ações que tramitaram principalmente na especializada do trabalho.

Até hoje é fácil encontrar o tom pernicioso, nas lides trabalhistas, onde atacam questões políticas, de profundo teor corporativo-partidário, violando flagrante ao que se exige do magistrado quanto às questões que estão fora do contexto jurídico. Como já bem disse o juiz não representa a sociedade, é um agente do estado. Já o leigo, este sim é o pilar da sociedade.

“É justamente em relação a ele - cidadão, que o juiz mais renega e trata com falta de urbanidade. Para o juiz laboral, a audiência é uma platéia e sua mesa um palanque.”

Quanto à forma estatuída para composição dos tribunais, tendo a frente o sistema discricionário do processo de indicações e nomeações dos seus atores, inclusive com a

---

1 é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal e Tribuna da Imprensa do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online), no judiciário brasileiro.

participação do Quinto Constitucional, onde toda sorte de aliciamento, formação de grupos eletivos, se constitui num processo rarefeito. Os escolhidos, predominantemente são parentes de magistrados, e isso reflete pelas constantes decisões conflitantes, violando direitos e até mesmo das questões de interesses do estado.

**No** entanto quando se trata da especializada, o seu formato fere e contraria princípios básicos da pluralidade e da igualdade das partes, mesmo se atendo da letra do “hipossuficiente” e ainda “prevalece à norma que mais beneficia o acionante”, banalmente se torna uma ferramenta ideológica prática comum utilizada pelo juiz como meio de justificar seu engajamento no partidarismo com facciosas decisões.

**É** fato que a função do Judiciário não é a de um órgão de transformação social, nem por isso, seus atores possuem o menor pudor em utilizá-lo para esse fim. Bem lembrado Simone de Beauvoir: “O homem é livre; mas ele encontra a lei na sua própria liberdade”. Esqueceram de avisar os vetustos, que são hábeis para rubricar direitos que incorporam aos seus já robustos salários, enquanto desdenham o pleito alimentar do cidadão.

## NOVOS DESAFIOS FRENTE A LEGISLAÇÃO CIVIL: O IMPACTO DO MEIO DIGITAL NO DEVER DE VIGILÂNCIA PARENTAL

**LARA PINTO TIBÚRCIO:** Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Evangélica do Piauí – FAEPI. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Sete de Setembro – UNI7.

**RESUMO** – O presente trabalho tem como foco analisar a responsabilidade dos pais perante os filhos menores no âmbito da rede mundial de computadores, além de dissertar sobre os principais deveres que são imputados. Explorar-se-á, também, as vantagens e as desvantagens da Internet e os riscos que há quando crianças e adolescentes fazem uso da mesma sem a devida supervisão dos responsáveis legais, como o *cyberbullying*, a interação dos menores com perfis falsos e a pornografia de vingança. Por fim, serão analisados julgados que envolvem incapazes que não tiveram a fiscalização devida dos meios eletrônicos que utilizaram e a consequência de tal negligência, além de analisar a possibilidade da responsabilização dos pais pelo abandono digital.

**Palavras-chave:** abandono digital; negligência; responsabilidade parental.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. ABORDAGEM CONSTITUCIONAL E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO DEVER DE VIGILÂNCIA DOS FILHOS; 2. OS RISCOS E A INFLUÊNCIA DA INTERNET NA EDUCAÇÃO DOS FILHOS; 3. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ENVOLVENDO A TEMÁTICA DO ABANDONO DIGITAL; 5. RESULTADOS; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

### INTRODUÇÃO

A responsabilidade dos pais pelos filhos menores já foi um tema de bastante debate no âmbito do Direito e na sociedade em geral. Contudo, com as novas tecnologias de informação, novas discussões surgem tratando de tal tema, por exemplo: quais os riscos que os menores estão submetidos no campo da Internet? E de que forma os responsáveis legais devem agir para que os menores não caiam nas ameaças que há no meio tecnológico?

Dessa forma, percebe-se que o tema do presente trabalho possui relevância no mundo jurídico visto que, há o confronto entre o dever de vigilância dos pais e o direito a privacidade e liberdade individual dos filhos.

Portanto, nesse artigo haverá a análise do dever de vigilância parental frente à Constituição Federal de 1988 e ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Ademais, terá



uma explanação sobre a Internet e a sua influência e riscos perante os filhos. Por fim, apesar de ser considerado um assunto ainda novo perante os doutrinadores, o abandono digital já é uma realidade e por isto, existirá uma explicação sobre essa nova espécie de abandono e ainda que, a nomenclatura seja uma novidade, as suas consequências já existem e serão demonstradas mediante jurisprudência.

## **1. ABORDAGEM CONSTITUCIONAL E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO DEVER DE VIGILÂNCIA DOS FILHOS**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 confere liberdade aos pais ou responsáveis legais no modo de educar e criar os filhos menores, não dispondo da forma que deve acontecer, pelo entendimento de que a vida íntima da família deve ser dotada pelo bom senso, pelos laços afetivos que unem seus membros e pela convivência familiar.

Assim, um dos princípios que rege o direito das famílias consiste justamente no princípio da liberdade, no qual, é livre o planejamento familiar e a criação dos filhos competindo aos pais cumprir os deveres que estão previstos no Código Civil Brasileiro de 2002 da forma que considerem adequados.

O primeiro dever a ser citado trata-se da obrigação dos pais de fornecerem criação e educação, Gonçalves (2010, p. 402) sustenta que “é o mais importante de todos” visto que, incumbe aos responsáveis legais velar pela formação dos menores devendo ocorrer o zelo material e moral envolvendo a formação do seu caráter.

Venosa (2017, p. 358) afirma que “compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança”. Porém, apesar de ser livre a forma como os pais criam e educam os filhos, caso ocorra a falta de tal dever o Estado submete aqueles as reprimendas tanto de ordem civil como criminal, podendo ocorrer a responsabilização pelos crimes de abandono material e intelectual previstos nos artigos 244 e 246 do Código Penal Brasileiro de 19402.

---

2 Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Outro dever que compete aos pais diz respeito ao exercício da guarda, que se trata de um complemento indispensável do dever de criação e educação, Diniz argumenta que:

Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relações com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua frequência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores. (2011, p. 594)

Portanto, o dever de guarda é indispensável para que seja exercida a necessária vigilância. Sendo os pais os responsáveis civilmente pelos atos dos filhos menores, o direito de vigilância torna efetivo o poder de dirigir a formação moral do menor.

O Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>3</sup> no seu artigo 22 reforça os deveres dos responsáveis legais ditos anteriormente e também trata de outros, como o dever de sustento. Assim, com base no Estatuto os pais têm o dever moral de educar seus filhos e em consequência disso há a interação entre os limites que devem ser dados aos menores, pois caso contrário, aqueles estarão sujeitos a ver estes transgredindo a lei e consequentemente respondendo a um processo judicial em consequência de suas ações negativas.

## 2. OS RISCOS E A INFLUÊNCIA DA INTERNET NA EDUCAÇÃO DOS FILHOS

A Internet surgiu no final da década de 1960 e trouxe diversos benefícios com o seu surgimento, por exemplo, o fato de diminuir distâncias com amigos e parentes que estão distantes, às vezes em outros países, além disso, o acesso a materiais de estudo para pesquisas e o entretenimento, no qual, é possível o acesso a jogos eletrônicos, filmes e livros.

Porém, a Internet também possui desvantagens como os diversos sítios eletrônicos com conteúdo pornográfico, o isolamento das pessoas, pois quando se tornam viciadas acabam se desconectando da vida que possui fora do computador, só se dedicando ao que está *online*. Ademais, há a violência, apesar de que quando se fala em violência de forma inicial pensa-se em violência urbana, nesse caso não se trata disso, mas

---

Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

3 Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta lei.

de páginas da Internet que incentivam a violência, inclusive recrutando pessoas a assumirem posturas relacionadas ao terrorismo.

Imaginando-se que, essas poderiam ser desvantagens consideradas para pessoas maiores de 18 anos, ou seja, pessoas que possuem sua completa capacidade civil. No que diz respeito aos menores 16 anos e, portanto, considerados incapazes, as desvantagens são ainda mais agravantes, pois não possuem o discernimento necessário para lidar com o conteúdo que há na Internet e por isso precisam do acompanhamento de responsáveis legais para que utilizem os meios tecnológicos com a sua devida moderação.

Desse modo, Tavares, em entrevista a Agência Brasil (2017, *online*), dispõe que “da mesma forma que você conversa com seus filhos sobre os riscos que existem ao sair na rua, na escola, no cinema, você diz para ele não aceitar bala de estranhos, você também deve orientá-lo em relação ao uso seguro da Internet”.

Quando não ocorre a devida orientação, os riscos que os menores estão envolvidos são diversos, como o *cyberbullying*, que significa a prática da violência utilizando-se da Internet ou de outros meios de comunicação, ou seja, “praticar *cyberbullying* significa usar o espaço virtual para intimidar e hostilizar uma pessoa (colega de escola, professores ou mesmo desconhecidos), difamando, insultando ou atacando covardemente” (GALIA, 2015, *online*).

Essa violência ocorre, geralmente, entre os adolescentes pelo fato de que os mesmos não possuem maturidade de lidar com os meios de comunicação e acabam expressando o que pensam sem possuir nenhum tipo de censura prévia, acreditando que por não estar cometendo essa violência de forma física, e sim com palavras através do meio eletrônico, não ocorrerá nenhuma espécie de punição.

O *cyberbullying* geralmente é feito através de perfis falsos, outro perigo que há para com crianças e adolescentes, pois normalmente o criador de um perfil falso ele tem o intuito de cometer crimes virtuais, como os de exploração sexual e pedofilia e o menor acredita que está conversando com um colega da mesma idade, porém na realidade é enganado e induzido por adultos a mandar fotos sensuais ou mesmo com nudez.

Ocorre que, sempre haverá novas ameaças para quem não possui maturidade e experiência suficientes, uma das últimas que se teve maior notoriedade envolvia o “jogo da baleia azul”, que ficou conhecido no ano de 2015 na Rússia se espalhando pelo mundo todo, chegando ao Brasil em abril de 2017, o jogo consistia basicamente em 50 desafios que envolviam isolamento social, automutilação e incentivo ao suicídio.

Apesar dos perigos serem publicizados, o criador do jogo ter sido preso na Rússia e serem feitas diversas campanhas conscientizando sobre os riscos trazidos, outros desafios propostos na Internet ainda colocam a vida de crianças em risco, como os desafios do desodorante, no qual, há o incentivo a inalar o gás aerossol pelo maior tempo que conseguir; da camisinha, que consiste em aspirar um preservativo pelo nariz até ele sair pela boca; e do desmaio, que se baseia em prender a respiração ao ponto de levar ao desmaio.

Todos esses desafios são perigosos a saúde e podem levar a morte, sobre o desafio do desmaio, por exemplo, assevera a médica pediatra Hercowitz (2016, *online*), que “a parada da oxigenação temporária no cérebro pode provocar além da perda de consciência, espasmos musculares, formigamento em membros, vertigem, convulsões, coma e morte”.

Ribeiro, em entrevista dada ao jornal O Tempo (2018, *online*), esclarece que a criança possui curiosidade e após aprender algo ela tende a colocar em prática, só que “[...] antes, ela ficava limitada a poucos grupos sociais, aos quais os pais tinham acesso. Mas o perigo aumentou com a Internet, ampliando-se a possibilidade de interação num ambiente sem controle”.

No que diz respeito as redes sociais, a sua utilização deve ser feita de forma monitorada pois, manter os filhos fora do âmbito virtual é quase impossível, até porque o uso traz também benefícios. Todavia, o que sucede é que muitos pais não possuem o controle que deveriam exercer e utilizam os meios tecnológicos até como uma via para evitar a birra dos menores.

Diante dessa ausência dos responsáveis legais nos meios tecnológicos, em 2016, “no Brasil, um em cada 10 adolescentes de 11 a 17 anos acessa conteúdo na Internet sobra formas de se ferir – e um em cada 20, de se suicidar” de acordo com o Centro de Estudos Sobre Tecnologia da Informação e Comunicação, na pesquisa TIC Kids Online Brasil (2016, p. 120).

Assim, o excesso sem monitoração da utilização tanto das redes sociais como da própria Internet em si pode provocar transtornos como o uso frenético de jogos, televisão e outros meios. É possível perceber que o limite não é só necessário, como também salvador para muitas crianças e adolescentes que já estão com distúrbios visíveis. Para eles que ainda não possuem desenvolvimento cognitivo avançado e experiência para diferenciar problemas e vantagens no uso de determinadas ferramentas, o acompanhamento de responsáveis significa o uso saudável da tecnologia.

### **3. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ENVOLVENDO A TEMÁTICA DO ABANDONO DIGITAL**

A doutrina vem conhecendo a denominação “abandono digital”, que consiste na negligência parental provocada por atos omissos dos genitores que descuidam da segurança dos filhos no ambiente cibernético proporcionado pela Internet no seu todo, não evitando os efeitos nocivos dela diante de inúmeros riscos.

Porém, trata-se de um tema ainda novo e por isso ainda não houve um debate entre os doutrinadores de forma aprofundada sobre esse tipo específico de abandono, mas há julgados condenando pais, devido a sua responsabilidade parental, pelos atos ilícitos praticados pelo menor na Internet, como ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em sua 6ª Câmara Cível diante de uma apelação no ano de 2010.

O caso se tratava de um menor que praticava na sua residência *cyberbullying*, inclusive utilizando o computador da sua mãe, o menor postava mensagens com teor ofensivo além de fazer montagens fotográficas levianas, como nas quais o autor de tal processo aparecia com chifres. Logo depois, o mesmo começou a receber mensagens com conteúdo ofensivo, no qual, o fez ingressar com uma ação cautelar visando a identificação do proprietário do computador que postava e enviava tais mensagens, chegando ao nome da mãe de um colega de turma.

A mãe alegou em sua contestação que outros três jovens amigos do filho também faziam uso do seu computador e não poderia ser responsabilizada visto que, não possuía conhecimento do feito.

Segundo a relatora e desembargadora do caso Liege Puricelli Pires, aos pais incumbe o dever de guarda, orientação e zelo pelos filhos menores, respondendo civilmente pelos ilícitos praticados, uma vez ser inerente ao poder familiar, conforme o artigo 932 do Código Civil<sup>4</sup>. Em primeiro grau, a juíza em sua sentença argumentou que:

Os fatos são claros: em face da ausência de limites que acomete muitos jovens, vide os inúmeros casos de *bullying* e atrocidades cometidas por adolescentes que vêm a público, o filho da ré, e quem sabe outros amigos, resolveram ofender, achincalhar e fazer com que o autor se sentisse bobo perante a comunidade de Carazinho. (Comarca de Carazinho-RS – Ação Indenizatória: 009/1.07. 0007296-3 RS, Juíza: Taís Culau de Barros, Data de Julgamento: 28/01/2009, 1ª Vara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/02/2009)

---

4 Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

Portanto, fica claro nesse julgado que houve o abandono digital por parte da ascendente materna que forneceu ao seu filho o acesso tanto da Internet como de seu computador, sem a devida precaução com o monitoramento dos atos do menor visto que, a própria confessou que não tinha conhecimento da prática feita pelo filho.

Contudo, há situações ainda mais graves, como a questão em que envolve a tentativa ou suicídio de menores, tanto podendo ser ocasionado pelo *cyberbullying* como por outras questões, por exemplo, o caso do “jogo da baleia azul” ou a divulgação de imagens e vídeos sensuais na rede mundial de computadores.

Outro caso que também ocorreu no Rio Grande do Sul trata justamente do vazamento de vídeo íntimo de uma menor com seu ex-namorado, a adolescente teve sua privacidade violada de tal forma que tentou o suicídio. Infelizmente, esse caso não é o único e milhares de jovens e adolescentes são expostas seja por imagens, seja por vídeos íntimos que são divulgados sem a sua autorização.

Em seu voto, o desembargador relator sustentou que:

[...] O fato de a autora ter se deixado filmar em cena íntima pelo ex-namorado não lhe conferia o direito de divulgar a terceiros e muito menos permitir que circulasse na internet a gravação contendo a cena sexual. Ao assim agir o demandado praticou ato ilícito de intensa reprovabilidade [...]. A menor necessitou de tratamento psiquiátrico, tentou suicídio, e, em razão do *bullying* e das humilhações sofridas acabou transferida de escola juntamente com a irmã, bem ainda foi reprovada no ano letivo. (TJ-RS - AC: 70067503557 RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Data de Julgamento: 19/10/2016, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/10/2016).

No fato acima, ocorreu o vazamento do vídeo íntimo mediante uma negligência do ex-namorado, contudo, a maioria dos casos em que há a divulgação de imagens ou vídeos íntimos verifica-se com o intuito de vingança, como no seguinte caso:

APELAÇÃO CRIMINAL. DIVULGAÇÃO DE FOTOGRAFIA COM PORNOGRAFIA E CENA DE SEXO EXPLÍCITO ENVOLVENDO ADOLESCENTE. RECURSO DEFENSIVO ARGUINDO, EM PRELIMINAR, A NULIDADE DA SENTENÇA, POR CERCEAMENTO DE DEFESA. ARGUIÇÃO DESTITUÍDA DE RESPALDO JURÍDICO. PRÉVIA QUE SE REJEITA. NO MÉRITO, PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO RÉU, COM BASE NA TESE DE PRECARIEDADE DA PROVA. PRETENSÃO INCONSISTENTE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] 3.

Segundo revela a prova dos autos, o apelante, inconformado com o término do seu namoro com a vítima uma adolescente de 14 anos de idade à época do fato, divulgou, na rede mundial de computadores conhecida como ORKUT, fotografias contendo pornografia e cenas de sexo explícito com a ofendida, fotos essas que havia tirado quando ainda mantinha o citado relacionamento amoroso. 4. Diante dessa realidade, impossível se mostra a absolvição do réu, com base na tese de precariedade da prova, a pretexto de se tratar de declarações inconsistentes da vítima e de sua mãe, eis que tal alegação, a toda evidência, não pode ser acolhida, mormente porque o próprio réu admitiu que tirou as fotografias e que as mantinha armazenadas em seu computador pessoal, revelando-se irrefutável, pois, a autoria do crime. 5. Recurso desprovido.

(TJ-RJ - APL: 00005379120078190051 RIO DE JANEIRO SAO FIDELIS 2 VARA, Relator: JOSE AUGUSTO DE ARAUJO NETO, Data de Julgamento: 31/08/2010, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 24/02/2012)

A doutrina já denomina essa violência para com as mulheres, seja menor ou não, de pornografia de vingança que trata justamente de quando o indivíduo publica sem o consentimento da vítima, fotos ou vídeos com conteúdo sexual explícito ou com nudez na rede mundial de computadores. Sobre o assunto, Buzzi explica:

Apesar de comumente se utilizarem os termos “pornografia de vingança” e “pornografia não-consensual” como sinônimos, a pornografia de vingança é uma espécie do gênero conhecido como “pornografia não-consensual” ou “estupro virtual”, que envolve a distribuição de imagens sexualmente gráficas de indivíduos sem o seu consentimento. Este gênero inclui desde fotos/vídeos registrados originalmente sem o consentimento da pessoa envolvida – como gravações escondidas ou gravações de agressões sexuais –, bem como fotos/vídeos registrados com consentimento, geralmente no contexto de um relacionamento privado ou até mesmo secreto – como gravações disponibilizadas consensualmente a um parceiro que, mais tarde, distribui-as sem o consenso do outro envolvido. É este último caso que se convencionou chamar pornografia de vingança. (2015, p.31)

Assim, diante dos processos analisados no presente trabalho, houve negligência dos pais dos menores que não souberam das práticas realizadas mediante meio tecnológico e só tomaram conhecimento do que realmente acontecia no uso da Internet devido a sua repercussão. Dessa forma, visando a temática do abandono digital, os responsáveis legais pelos menores tanto nos casos citados, como em diversos outros, poderiam e deveriam ser responsabilizados por tal omissão.

Ademais, o ministro Raul Araújo do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em entrevista ao sítio eletrônico Consultor Jurídico (2015, *online*) assegura que:

A internet não é um universo sem lei. Os julgados do STJ retratam o cenário atual no Brasil ao mostrar que a internet é um espaço de liberdade, muito valioso para a busca de informações e o contato entre as pessoas, mas também de responsabilidade. O Judiciário está atento ao direito das pessoas que têm a sua imagem violada. E os agressores, que imaginam estar encobertos pelo anonimato, serão devidamente responsabilizados por suas condutas.

Portanto, tais julgados analisados neste trabalho demonstram que a superexposição de crianças e adolescentes na Internet gera riscos que podem até provocar a morte, principalmente, pelo fato dos mesmos não possuírem maturidade e experiência de vida suficiente para lidar com as críticas e comentários ofensivos que a rede mundial de computadores provoca.

Desse modo, cabe aos pais ou responsáveis legais lidar com o monitoramento para que haja a devida prevenção das ameaças que há no mundo digital.

#### **4. RESULTADOS**

Apesar de já ser previsto na legislação e ser consolidado na doutrina que os pais ou responsáveis legais devem exercer o Poder Familiar perante os filhos menores, sendo uma dessas obrigações a de que aqueles são responsáveis pelos atos realizados destes para com terceiros.

Destarte, o presente trabalho resultou na percepção de que atualmente, com o acesso à Internet de forma mais acessível percebe-se que os pais além de saber com quem, como e onde os filhos estão no meio físico, devem conhecer quais são os sítios eletrônicos que visitam, o que postam, o que pesquisam e que vídeos assistem.

Quando tal prática não ocorre surge a figura do abandono digital, ou seja, uma negligência por parte dos pais que são omissos e descuidam da segurança dos filhos no ambiente cibernético. No presente trabalho foram demonstrados diversos riscos que



crianças e adolescentes estão submetidos, como *cyberbullying*, jogos violentos e pornografia de vingança.

Dessa forma, Pinheiro (2017, *online*) sustenta que “é um dever prestar assistência e monitorar. [...] Informação é essencial para proteger estes filhos que são os novos “menores abandonados digitais””.

Diante de julgados, foram verificados que há a responsabilização dos pais pelos ilícitos praticados pelos menores na Internet, contudo, não há qualquer disposição sobre a responsabilização daqueles quando ao invés das crianças e adolescentes serem as autoras dos ilícitos, serem as vítimas.

Portanto, o presente artigo demonstrou que crianças e jovens estão lidando com páginas da Internet sem uma censura prévia do conteúdo acessado, no qual, está gerando diversos impactos no meio familiar, principalmente na vida e saúde da futura geração.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é importante e necessário que os pais tomem as devidas precauções com relação aos seus filhos, principalmente as crianças, no que diz respeito à utilização da Internet e suas redes sociais visto que, conforme demonstrado em tal estudo, as crianças e os adolescentes estão frágeis ao mundo cibernético. Pinheiro (2017, *online*) sustenta que “nossos jovens estão sofrendo violência através de clicks, que vão do *cyberbullying* à pedofilia. A internet não é um lugar seguro para uma criança ficar sozinha”.

Assim, caso os pais, mesmo sabendo dos riscos, que os seus filhos menores estão sendo submetidos na rede mundial de computadores não fizerem nada a respeito, devem ser culpabilizados tanto pelos atos que as crianças e os adolescentes cometerem para com os outros, como devem ser responsabilizados pela omissão com aqueles, devendo haver a responsabilidade pelo abandono digital cometido.

## REFERÊNCIAS

‘DESAFIO do desodorante’ expõe crianças a perigos. **O Tempo**, Contagem, 8 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/interessa/desafio-do-desodorante-exp%C3%B5e-crian%C3%A7as-a-perigos-1.1571476>>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. **Código Civil**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016

\_\_\_\_\_. Estatuto da criança e do adolescente: Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 e legislação correlata. **Lex**. 15. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

BUZZI, Vitória de Macedo. **Pornografia de Vingança: Contexto Histórico-Social e Abordagem no Direito Brasileiro**. 2015. 111 f. Orientador: Alexandre Morais da Rosa. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2017.

CARAZINHO. 1ª Vara Cível. Ação Indenizatória. Processo nº 009/1.07.0007296-3. 28 jan. 09. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_sentenca.php?id\\_comarca=carazinho&num\\_processo=10700072963&code=9384&nomecomarca=CARAZINHO&orgao=1%AA%20Vara%20C%EDvel%20:%201%20/%201](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_sentenca.php?id_comarca=carazinho&num_processo=10700072963&code=9384&nomecomarca=CARAZINHO&orgao=1%AA%20Vara%20C%EDvel%20:%201%20/%201)>. Acesso em: 03 dez. 2017.

CRAIDE, Sabrina. Pais devem acompanhar o acesso de crianças a internet, alertam especialistas. **Agência Brasil**, Brasília, 16 jul. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-07/pais-devem-acompanhar-o-acesso-de-criancas-internet-alertam-especialistas>>. Acesso em: 10 maio 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GALIA, Rodrigo Wasem. Cyberbullying: conceito, caracterização e consequências jurídicas. **Empório do Direito**. Rio Grande do Sul, 08 out. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/backup/cyberbullying-conceito-caracterizacao-e-consequencias-juridicas-por-rodrigo-wasem-galia/>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

HERCOWITZ, Andrea. Brincadeira do desmaio pode levar ao coma e até matar. **Minha Vida**. São Paulo, 30 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.minhavidacom.br/familia/materias/20693-brincadeira-do-desmaio-pode-levar-ao-coma-e-ate-matar>>. Acesso em: 05 maio 2018.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Abandono digital. **HuffPost Brasil**. São Paulo, 2017. Disponível em: <[http://www.huffpostbrasil.com/patricia-peck-pinheiro/abandono-digital\\_a\\_21670532/](http://www.huffpostbrasil.com/patricia-peck-pinheiro/abandono-digital_a_21670532/)>. Acesso em: 03 dez. 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação. Processo nº 0000537912007819005. Relator: Desembargador José Augusto de Araújo Neto. 31 ago. 2010. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/390499602/apelacao-apl-5379120078190051-rio-de-janeiro-sao-fidelis-2-vara/inteiro-teor-390499613#>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Processo nº 70067503557. Relator: Miguel Ângelo da Silva. 19 out. 2016. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/398598550/apelacao-civel-ac-70067503557-rs>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação. Processo nº 70031750094. Relatora: Desembargadora Liége Puricelli Pires. 30 jun. 2010. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/versao\\_impressao/impressao.php](http://www1.tjrs.jus.br/versao_impressao/impressao.php)>. Acesso em: 03 dez. 2017.

SÃO PAULO (Estado). STJ lança estudo que reúne 65 julgamentos de crimes virtuais contra a honra. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 07 out. 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-out-07/stj-lanca-estudo-reune-65-julgamentos-crimes-internet>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

TIC Kids Online Brasil: **pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil 2016**. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

## O USO DE ALGEMAS NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA CONFORME A SÚMULA VINCULANTE DO STF Nº 11

**ISABELLA TONIN JORGE:**  
Bacharelada em Direito na  
Faculdade de Direito de Franca

No ordenamento jurídico brasileiro, Súmula Vinculante tem seu fundamento no art. 103-A da Constituição Federal de 1988, prevendo ao Supremo Tribunal Federal de ofício ou a requerimento, por meio de decisão de dois terços de seus membros, aprovar, após reiteradas decisões sobre determinada matéria constitucional, súmula que, terá efeito vinculante perante os órgãos do Poder judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, em todas as suas esferas, com a publicação em imprensa oficial, proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. Sendo assim, quando se institui uma Súmula Vinculante, deverá ser aplicada a todos os casos que serão abrangidos pelo mesmo tema.

Desse modo, quando há lacunas na legislação, se utiliza de tais instrumentos, para preencher essas ausências do ordenamento jurídico, portanto, na medida em que há a presença de algum ato que contrarie tal decisão judicial, ou seja, quando não é aplicada a súmula vinculante no caso concreto, poderá a parte que se sentir prejudicada, arguir reclamação perante o STF, desde que a decisão não tenha transitado em julgado, conforme a Súmula 734 deste mesmo órgão, "*não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.*"

Com isso, cumpre destacar a Súmula Vinculante nº 11 de grande repercussão, a qual traz a seguinte alegação:

Só é **lícito o uso de algemas** em casos de **resistência e de fundado receio de fuga** ou de **perigo à integridade física própria** ou **alheia**, por parte do preso ou de terceiros, **justificada a excepcionalidade por escrito**, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (g.n)

A princípio, na audiência de custódia será o momento em que o juiz analisará a necessidade, adequação, legalidade da prisão e conseqüentemente a possibilidade de medidas diversas da prisão ou a prisão preventiva, além de ser visualizado se da apreensão resultou ao preso alguma atitude de coação, violência, tortura, por parte dos policiais.

Dessa forma, será lavrado um ato circunstanciado de todo o ocorrido no momento da audiência e a decisão fundamentada do juiz.

Diante disso, conforme o professor Renato Brasileiro de Lima, após lavrado a auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, e conduzido à presença do juiz em audiência, se houver necessidade de utilização das algemas, por motivo de fuga, agressão contra terceiros ou a si mesmo, poderá, excepcionalmente, ensejar na devida aplicabilidade. Assim, a sua utilização seria como uma proteção, não somente para a polícia e sociedade, como também ao próprio preso, não tendo que se falar em ilegalidade.

Entretanto, ao contrário do que se espera que seja efetivado, na prática se observa o uso de algemas em situações que não ensejariam nenhuma das hipóteses elencadas pela súmula, sendo que muitos dos presos que são primários e de bons antecedentes criminais utilizam-na, o que resulta em diversas reclamações ao STF, na medida em que seu advogado ou defensor impugna pelo uso ilegal e o relaxamento da prisão.

Por fim, o que se evidencia é que o uso indevido de algemas traduz um tratamento desumano, razão que afasta os direitos do preso, como o da presunção de inocência, pois não é considerado culpado antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, causando maiores constrangimentos àquele indivíduo que já está em um momento de vulnerabilidade.

## REFERÊNCIAS

GOMES, Vinícius Corrêa de Siqueira. A Súmula Vinculante nº 11 e a legitimidade do uso de algemas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3314, 28 jul. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22092>. Acesso em: 31 maio 2021.

GOMES, Fernanda Maria Alves. **Audiência de custódia, uso de algemas e relaxamento da prisão. Migalhas**. 19 out 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/289504/audiencia-de-custodia--uso-de-algemas-e-relaxamento-da-prisao>. Acesso em: 31 maio 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único/- 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. 1.952 p.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 734**. DJ, 11 dez. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2139> Acesso em: 31 maio 2021.



## DANO MORAL E PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO: VIRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ?

**ANDRÉ DOS SANTOS LUZ:** Bacharel em Direito pela PUC-SP. Pós-graduado em Direito pela FGV-SP. Advogado concursado da Proguaru S/A.

No Brasil, infelizmente foram muitas as notícias de corrupção divulgadas pela mídia e uma que talvez as pessoas já nem se lembrem tanto é a que ficou conhecida como “*caso Jorgina de Freitas*”<sup>5</sup>. Tratou-se de fraude contra o Instituto Nacional do Seguro Social envolvendo advogados, contadores, peritos e juiz e que causou prejuízos milionários à autarquia federal. No final do ano passado o Superior Tribunal de Justiça analisou um ponto específico do caso: teria o INSS sido vítima de dano moral?

De início, vale a pena recordar que o INSS é uma autarquia federal, ou seja, uma pessoa jurídica de direito público, criada e extinta por lei, e com capacidade administrativa para o exercício de atividades típicas de Estado. A doutrina administrativista ensina que autarquia é uma “*pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado*”<sup>6</sup>.

A Constituição Federal, promulgada em 05/10/1988, previu como garantia fundamental a indenização por danos ainda que exclusivamente morais. É o que consta do artigo 5º, inciso X, segundo o qual “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação*”.

E tão logo entrou em vigor o texto constitucional surgiu o questionamento se seria possível a pessoa jurídica ser indenizada por danos morais tendo o Superior Tribunal de Justiça concluído que sim por meio da sua súmula de jurisprudência nº 2277 que é textual ao afirmar que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

Ocorre que mesmo após a edição da referida súmula ainda se tinha dúvidas se a pessoa jurídica de direito público – União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias e Fundações Públicas – poderia ser vítima de dano moral. E

<sup>5</sup><http://bastidoresdainformacao.com.br/o-brasil-sem-memoria-jorgina-de-freitas>. Acesso em 15.01.2021.

<sup>6</sup>Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28 ed. Atlas, 2015. p. 490.

<sup>7</sup>Súmula nº 227 do STJ: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

novamente instado a se pronunciar sobre a questão o STJ concluiu pela impossibilidade de pessoa jurídica de direito público ser vítima de dano moral.

O informativo nº 125 do jurisprudência em teses do STJ vai nessa direção ao dizer que *“a pessoa jurídica de direito público não é titular de direito à indenização por dano moral relacionado à ofensa de sua honra ou imagem, porquanto, tratando-se de direito fundamental, seu titular imediato é o particular e o reconhecimento desse direito ao Estado acarreta a subversão da ordem natural dos direitos fundamentais”*.

Os julgados mais relevantes que deram origem a tal interpretação foram o REsp nº 1.258.389/PB8, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão e o REsp nº 1.505.923/PR9, relatado pelo Ministro Herman Benjamin. O que há de comum entre eles é o exercício do direito de crítica dos cidadãos contra as pessoas jurídicas de direito público. Ou seja: de acordo com o STJ pessoa jurídica de direito público não tem direito à indenização por dano moral quando exercido o direito de crítica por parte dos cidadãos.

Ocorre que agora, ao analisar o REsp nº 1.722.423/RJ10, a segunda turma do STJ, por unanimidade, e seguindo o voto do relator, Ministro Herman Benjamin, decidiu que é cabível indenização por danos morais em face de pessoa jurídica de direito público quando o que está em discussão é a própria credibilidade da instituição.

Colhe-se do voto do relator a seguinte passagem: *“Embora haja no STJ diversas decisões em que se reconheceu a impossibilidade da pessoa jurídica de Direito Público ser vítima de dano moral, o exame dos julgados revela que essa orientação não se aplica ao caso dos autos. (...) O que se extrai é que a credibilidade institucional da autarquia previdenciária foi fortemente agredida e o dano reflexo sobre os demais segurados da Previdência e os jurisdicionados em geral é evidente, tudo consubstanciado por uma lesão de ordem extrapatrimonial praticada por agentes do Estado, que não pode ficar sem resposta judicial”*.

É de se ressaltar que o STJ não decidiu, ele próprio, qual o valor de indenização por danos morais que seria cabível no caso concreto. Ao contrário, determinou que o processo retorne ao Tribunal Regional Federal da 02ª Região a fim de que este tribunal, considerando a premissa de que é possível pessoa jurídica de direito público ser vítima de dano moral neste caso concreto, analise a questão da forma como entender de direito.

---

8Recurso Especial nº 1.258.389/PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, v.u., j. 17.12.2013.

9Recurso Especial nº 1.505.923/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, v.u., j. 21.05.2015.

10Recurso Especial nº 1.722.423/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, v.u., j. 24.11.2020.



Portanto, talvez ainda seja cedo afirmar categoricamente que a partir do “*caso Jorgina de Freitas*” o STJ tenha mudado o seu posicionamento acerca do tema envolvendo dano moral e pessoa jurídica de direito público.

Parece-nos mais correto afirmar que a partir desse julgado o STJ passa a admitir expressamente a possibilidade de pessoa jurídica de direito público ser vítima de dano moral sempre que o que estiver em discussão seja a própria credibilidade da instituição. O tempo dirá se essa jurisprudência é a que vai prevalecer a partir de agora.

## **DANO EXTRAPATRIMONIAL NA ESFERA TRABALHISTA: ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TARIFICAÇÃO ADOTADA PELA REFORMA TRABALHISTA**

**SUZANA RODRIGUES DA SILVA:**  
Bacharelanda em Direito pelo Centro  
Universitário UNA

**Resumo:** O presente artigo tem objetivo de analisar o dano extrapatrimonial sob a perspectiva da (in)constitucionalidade da tarificação adotada pela reforma trabalhista. Para a elaboração do presente artigo foram utilizados os métodos de pesquisa jurisprudencial e bibliográfico. Para tanto foram abordados temas relativos a reforma trabalhista, responsabilidade civil e dano extrapatrimonial. Com base nos estudos realizados, pode concluir que o modelo de tarificação adotado pela reforma trabalhista é inconstitucional, por ferir normas e princípios constitucionais no tocante à isonomia e dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chaves:** Dano Extrapatrimonial. Inconstitucionalidade. Reforma Trabalhista. Responsabilidade Civil.

**Abstract:** This article aims to analyze off-balance sheet damage from the perspective of the (in) constitutionality of the pricing adopted by the labor reform. For the preparation of this article, the jurisprudential and bibliographic research methods were used. To this end, issues related to labor reform, civil liability and off-balance sheet damage were addressed. Based on the studies carried out, it can be concluded that the pricing model adopted by the labor reform is unconstitutional, as it violates constitutional norms and principles with respect to human equality and dignity.

**Keywords:** Off-balance sheet damage. Unconstitutionality. Labor Reform. Civil responsibility.

**Sumário:** Introdução. 1 A reforma trabalhista e a supressão de direitos. 1.1 Breve histórico sobre o Direito do Trabalho. 1.2 Reforma Trabalhista. 2 Responsabilidade Civil. 2.1 Conceito. 2.2 Elementos da Responsabilidade Civil. 2.2 Elementos da Responsabilidade Civil. 2.2.1 Conduta. 2.2.2 Nexo de causalidade. 2.2.3 Dano. 2.2.3.1 Dano Material. 2.2.3.2 Dano Moral. 3 Dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho. 3.1 Conceito e noções gerais. 3.2 Aplicação exclusiva da CLT. 3.3 A titularidade do direito à reparação e quem deve reparar o dano. 3.4 Tarificação do dano extrapatrimonial. 4 (In)constitucionalidade da tarificação do dano patrimonial na esfera trabalhista. Conclusão. Referências.

### **Introdução**

A Constituição Federal de 1988 é clara ao destacar em seu artigo 5º, que todos as pessoas são iguais perante a lei. Nesse sentido, o citado artigo consagra o princípio da isonomia. Outrossim, o mesmo artigo, em seus incisos V e X, estabelece que é assegurado o direito a resposta jurisdicional proporcional ao agravo sofrido, assim como o direito à indenização decorrente da violação da intimidade, da honra ou da imagem.

Contudo, nos parece que a Reforma Trabalhista ao inserir o Título II – Dano Extrapatrimonial, que vai do art. 223-A ao 223-G, não se ateuve as normas e princípios constitucionais ao tratar sobre o tema. Isto porque, há grande controvérsia entre as disposições estabelecidas na Reforma Trabalhista e na nossa Carta Magna.

Assim, o presente estudo parte da seguinte indagação: o modelo de tarifação da indenização do Dano Extrapatrimonial adotado pela Reforma Trabalhista é inconstitucional?

Partindo da indagação realizada, a hipótese inicial apresentada foi de que o modelo de tarifação adotado para quantificar a indenização em decorrência de Dano Extrapatrimonial Trabalhista seria inconstitucional por violar normas e princípios esculpidos na Constituição Federal de 1988, no que se refere à reparação de danos de mesma natureza.

Para uma melhor compreensão acerca do tema, no presente estudo foram analisados o instituto da Responsabilidade Civil, do Dano Extrapatrimonial no Direito do Trabalho, precedentes judiciais acerca de modelo de tarifação de indenização e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.050.

Para tanto, buscou-se no presente estudo uma análise documental, bibliográfica e jurisprudencial, como métodos de pesquisa científica, no intuito de se analisar as divergências existentes acerca do tema.

## **1 A reforma trabalhista e a supressão de direitos**

### **1.1 Breve histórico sobre o Direito do Trabalho**

Antes mesmo de se ter a concepção hodierna do Direito Trabalho, como um conjunto de normas que regulamentam as relações trabalhistas com o condão de garantir aos trabalhadores os seus direitos e também suas obrigações, só existia, até então, a concepção de trabalho como forma de exploração e punição do homem.

Nesse sentido elucida Vólia Bomfim Cassar:

“Do ponto de vista histórico a palavra trabalho decorre de algo desagradável: dor, castigo, sofrimento, tortura. O termo trabalho tem origem no latim - *tripalium*. Espécie de instrumento de tortura ou canga que pesava sobre os animais. Por isso, os nobres, os senhores feudais ou os vencedores não trabalhavam, pois consideravam o trabalho uma espécie de castigo. A partir daí, decorreram variações como *tripaliare* (trabalhar) e *trepalium* (cavelete de três paus usado para aplicar ferradura aos cavalos)”. (CASSAR, 2009, p. 3)

O Direito do Trabalho no Brasil começou a ter forma depois da Revolução Francesa e, a partir da quarta fase, também conhecida de fase da autonomia, quando foram criadas as Constituições da Alemanha e do México, onde traziam em seus textos, direitos inerentes a classe trabalhadora.

Foi somente em 1930, que políticas voltadas para o trabalho foram introduzidas no Brasil. Getúlio Vargas criou o chamado Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio que visava a garantir os mínimos direitos aos trabalhadores no território brasileiro.

A Constituição de 1934 foi a primeira a trazer em seu texto, direitos voltados ao trabalho, que segundo Luz e Santin foram:

“Salário mínimo, jornada de oito horas, proteção ao trabalho a menores de 14 anos, férias anuais remuneradas; indenização ao trabalhador despedido e assistência médica e sanitária ao trabalhador. Outros pontos importantes foram a criação da representação profissional na Câmara dos Deputados (...), a afirmação do princípio da pluralidade e autonomia sindical (...) e a criação da Justiça do Trabalho, à qual, entretanto, não se aplicariam as disposições pertinentes ao Poder Judiciário”. (LUIZ; SANTIN 2009 *apud* GALVÃO 1981)

Contudo, a Constituição promulgada em 1937, trouxe em seu texto vários retrocessos referentes aos direitos trabalhistas. Esse retrocesso se deu especialmente em razão do até então Presidente da época, Getúlio Vargas. (LUZ; SANTIN 2009 *apud* GALVÃO 1981)

Só então, em 1943, com a Consolidação das Leis do Trabalho, que de fato o Direito do Trabalho se viu sedimentado, por desta, foram sistematizadas todas as leis esparsas existentes no ordenamento jurídico, com vistas a garantir cada vez mais os direitos e garantias dos trabalhadores (LUZ; SANTIN 2009 *apud* GALVÃO 1981).

Outro marco importante para o Direito do Trabalho no Brasil, foi a promulgação da Constituição de 1988, também conhecida de Constituição Cidadã. Os direitos trabalhistas adquiriram status Constitucional, sendo estes consagrados no ordenamento jurídico brasileiro.

Percebe-se que o trabalho, desde os primórdios até os dias atuais, sofreu várias mudanças. Foram perdas e ganhos de direitos, até que passou a existir, o que hoje chamamos de Direito do Trabalho.

## **1.2 Reforma Trabalhista**

A reforma trabalhista no Brasil teve seu tramite em 2016, quando o nosso país passava por um processo de impeachment da Presidente Dilma Roussef, e nesse mesmo momento, quando houve a derrubada do governo, o Presidente substituto Michel Temer começou a articular demasiadas reformas jurídicas, que desencadearam perdas e substituições de direitos (DELGADO, 2019, p. 121).

Conforme explica Maurício Godinho Delgado (2019, p. 121) a reforma trabalhista teve seu tramite de forma rápida, pois entre o prazo em que se foi apresentado o projeto original de alteração da Consolidação das Leis do Trabalho até o momento de sua promulgação foram apenas cerca de 6 meses.

“[...] elaborou-se, em poucos meses, a Lei da Reforma Trabalhista no País: o projeto de lei foi enviado pela Presidência da República ao Parlamento nos últimos dias de 2016, transformando-se, em exíguos meses de tramitação - de fevereiro a julho - na Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, vigorante desde o dia 11 de novembro do mesmo ano. Em 14 de novembro, recebeu o novo diploma legal pontuais alterações, por intermédio da Medida Provisória n. 808, de 14.11.2017 - cujas regras vigoraram, porém, apenas de 14.11.2017 até 23.04.2018”. (DELGADO, 2019, p. 121)

Delgado (2019, p. 157) ainda explica que a reforma trabalhista “de maneira célere e compulsiva, deflagrou agressivo processo de desregulamentação e flexibilização trabalhistas, completado por severas restrições ao acesso à Justiça do Trabalho por parte do trabalhador brasileiro”.

## **2 Responsabilidade Civil**

## 2.1 Conceito

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 1 *apud* DIAS, 1994, p.1) destacam que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”. De fato, qualquer que seja a atitude humana vai invadir, ou ao menos, passar perto do campo da responsabilidade.

Do latim *respondere*, a palavra responsabilidade, significa a obrigação que uma pessoa tem de assumir, em razão das consequências jurídicas de suas condutas. (STOCO, 2007, p. 114)

Para o Direito, a responsabilidade é uma obrigação derivada de arcar com as consequências jurídicas de um fato, que podem ter variantes – que vai desde punição pessoal daquele que lesionou e/ou obrigação de reparação dos danos conforme os interesses daquele que foi lesionado. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p.3).

Segundo Rui Stoco, responsabilidade civil pode ser definida como:

“A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana”. (STOCO, 2007, p. 114)

Viegas e Barros (2016, p. 186 *apud* SAVATIER, 2005) conceituam a responsabilidade civil como sendo “a obrigação de alguém reparar dano causado a outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou coisas que dele dependam”.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho assinalam que:

“Na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ato ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o status quo ante a obrigação, esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano)”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 46).

É certo dizer, que ao haver um dano, ocorrerá um desequilíbrio social que deverá ser reparado, para que se retorne à normalidade, ou seja, para haver a restauração do *status quo ante*. Havendo, pois, o dever de reparar o dano, surgirá a responsabilidade civil, para aquele que o ocasionou.

## 2.2 Elementos da Responsabilidade Civil

Ao analisar o art. 186 do Código Civil de 2002, pilar fundamental da responsabilidade civil, que consagra o princípio *neminem laedere* – que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem –, podemos extrair três elementos da responsabilidade civil, a saber, a conduta, o nexo de causalidade e o dano.

### 2.2.1 Conduta

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p.27) por conduta, entende-se que é a exteriorização da vontade humana que resulta da liberdade do agente imputável em escolher, com juízo necessário para ter consciência daquilo que faz. E ocasionando algum dano, há a incidência da responsabilidade civil, para que o agente ofensor repare o dano sofrido pela vítima.

### 2.2.2 Nexo de causalidade

Para que haja a responsabilidade civil, é necessário que haja relação entre ação e o dano causado, ou seja, para que se figure a responsabilidade civil é necessário que exista o nexo de causalidade.

Segundo Diniz (2008, p. 108) “o vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se nexo causal, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível”.

### 2.2.3 Dano

O direito a indenização requer a existência de um dano, devidamente comprovado, a um interesse ou bem jurídico, seja este dano de natureza moral ou patrimonial.

Indenizar significa reparar outrem o dano causado, de forma integral, se possível, restabelecendo o “status quo ante”, ou seja, deverá por meio da indenização devolver o bem ou o interesse jurídico, ao estado em que se encontrava, antes da ocorrência do dano. Todavia, nas maiorias dos casos é impossível que o bem ou o interesse jurídico retorne ao que era antes do fato danoso, sendo assim a indenização monetária visa compensar o dano ocorrido.

### 2.2.3.1 Dano Material

“Os danos patrimoniais ou materiais constituem prejuízos, perdas que atingem o patrimônio corpóreo de uma pessoa natural, pessoa jurídica ou ente despersonalizado”. (TARTUCE, 2019, p. 427)

Dessa forma, temos que o dano material atinge de forma direta o patrimônio da vítima, possibilitando nesse caso se mensurar qual foi a extensão do dano sofrido, para que este possa ser reparado.

### 2.2.3.2 Dano Moral

O dano moral está previsto no art. 5º, V e X da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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

[...]

V - e assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem;

[...]

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando a indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988)

Por dano moral, pode se conceituar como sendo lesão aos direitos de personalidade do indivíduo, compreendendo lesão a sua liberdade, a solidariedade, a igualdade e a sua integridade psicofísica.

Mello e Godinho, ao citarem Cahali elucidam que o dano moral pode ser conceituado como:

“Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; [...] na



depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral". (CAHALI, 2005, p. 22-23. *apud* MELLO; GODINHO. 2018, p. 210)

Para acarretar o dever de indenização por dano moral, não basta que haja o mero dissabor da vida cotidiana. É necessário que se extrapole o mero aborrecimento, para que esteja caracterizado o direito de requerer a indenização por dano moral.

### **3 Dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho**

#### **3.1 Conceito e noções gerais**

Com a Reforma Trabalhista, os danos extrapatrimoniais e a reparação destes diante das relações de trabalho, passaram a ser regulados na Consolidação das Leis do Trabalho. Desse modo, foi inserido o Título II-A na CLT ("Do Dano Extrapatrimonial"), que vai do artigo 223-A ao 223-G, *in verbis*:

"Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

I - a natureza do bem jurídico tutelado;

II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;

III - a possibilidade de superação física ou psicológica;

IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;

V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;

VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;

VII - o grau de dolo ou culpa;

VIII - a ocorrência de retratação espontânea;

IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;

X - o perdão, tácito ou expresso

XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;

XII - o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização". (BRASIL, 2017)

Antes que se passe a análise dos dispositivos acerca dos danos extrapatrimoniais, se faz necessário, antes de tudo, conceituar o dano extrapatrimonial na esfera trabalhista. Segundo Ferreira e Quadros (2019, p. 655) o "dano extrapatrimonial é aquele que se opõe ao dano material, não afetando os bens patrimoniais propriamente ditos, mas atingindo os bens de ordem moral". Ainda segundo aos autores o dano extrapatrimonial pode também ser denominado de dano moral, e acerca dessa modalidade de dano, explicam que:

"[...] são danos morais aqueles que se qualificam em razão da esfera da subjetividade ou plano valorativo da pessoa na sociedade, havendo, necessariamente, que atingir o foro íntimo da pessoa humana ou o da própria valoração pessoal no meio em que vive, atua ou que possa de alguma forma repercutir. Cumpre ressaltar que os danos morais, de modo semelhante aos danos materiais, somente serão reparados quando ilícitos e após a sua caracterização (dano experimentado)". (FERREIRA; QUADROS, 2019, p. 655-656)

Maurício Godinho Delgado (2019, p. 785) lecionada que não seja possível dizer que dano moral seja sinônimo de dano extrapatrimonial, mas sim que o dano moral seja uma espécie e o dano extrapatrimonial seja o gênero. Isto porque na visão de Godinho (2019, p. 785) com "a literalidade da nova Lei, não cabe mais falar em dano moral, dano estético e correlatos: simplesmente despontam os danos extrapatrimoniais".

Desse modo, o dano extrapatrimonial compreenderá os danos causados aos bens jurídicos tutelados previstos nos artigos 223-C e 223-D, da CLT, inerentes às pessoas físicas ou pessoas jurídicas, *in verbis*.

“Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica”. (BRASIL, 2017)

No que tange ao artigo 223-C, da CLT, os autores Ferreira e Quadros (2019, p. 657) destacam que o rol trazido é taxativo, e desse modo não comportaria violação a outros bens jurídicos da pessoa física, como por exemplo a morte e a liberdade religiosa.

Maurício Godinho Delgado em sentido contrário destaca que

“[...] o rol de ‘bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural’ fixado no art. 223-C da Consolidação não é, de forma alguma, exaustivo, porém apenas exemplificativo. É que os elencos de fatores antidiscriminatórios são, regra geral, meramente ilustrativos, por força da própria Constituição de 1988 (art. 3º, IV, *in fine*, CF). A interpretação literalista conduziria à absurda conclusão de que o art. 223-C não respeitaria o fator ‘deficiência’, embora seja expressamente enfatizado pela Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência, art. 1º) e pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, da ONU, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 186/2008 — e que ostenta status de emenda constitucional (art. 5º, § 3º, CF)”.(GODINHO, 2019, P. 787)

Cassar e Borges (2017, p. 41) explicam que, por mais que o legislador infraconstitucional quisesse instituir um rol taxativo, a interpretação não poderia permanecer. Pois, vários outros bens jurídicos sedimentados na Constituição Federal de 1988 deixaram de ser tutelados, assim a Consolidação das Leis do Trabalho não pode querer limitar um direito que a própria Constituição protege (CASSAR; BORGES, 2017, p. 41).

Dallegrave Neto (2017, p. 194) explica que a Constituição Federal apresenta diversas diretivas para com os danos morais e dessa forma "todo direito infraconstitucional, CLT inclusive, submete-se a essas diretivas proeminentes que conferem eficácia ao sistema jurídico". Desse modo, na visão do autor os dispositivos acerca dos danos extrapatrimoniais trabalhistas devem seguir as normas previstas na Constituição Federal de 1988.

Diante das limitações da incidência dos danos extrapatrimoniais trabalhistas por parte do legislador, Francisco Ferreira e Jouberto de Quadros destacam que:

“[...] o magistrado trabalhista, diante do caso concreto, deverá apreciar toda e qualquer hipótese ofensiva à personalidade do trabalhador, como possível de plena reparação em nível de dano moral e também material”. (FERREIRA; QUADROS, 2019, p. 657-658)

Assim, o magistrado deverá interpretar o rol dos artigos 223-C e 223-D, como sendo exemplificativo. Isto porque, uma interpretação restritiva e literária de tais dispositivos não abarcaria demais direitos de personalidade previstos na Constituição Federal e seria flagrantemente considerada inconstitucional.

### **3.2 Aplicação exclusiva da CLT**

De acordo com o art. 223-A, da Lei nº 13.467 “aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título” (BRASIL, 2017). Nesse dispositivo, ao se fazer uma análise literal, se percebe que ele restringe o uso somente da lei celetista para dirimir os conflitos de danos extrapatrimoniais que decorrem da relação de emprego. Assim, de acordo com Brito:

“Tentou o legislador elevar o novo diploma legal a um patamar normativo supra hierárquico e exclusivo; isto é, estaria acima da Constituição da República, dos tratados internacionais e não se comunicaria com outras leis de mesma natureza hierárquica, como o Código Civil”. (BRITO, 2018, p. 3)

No mesmo sentido, afirma Cassar e Borges (2017, p. 40) que o art. 223-A, da Lei nº 13.467 visa restringir a aplicação de outras normas acerca do dano extrapatrimonial na seara trabalhista, e acima de tudo afirma que é uma tentativa de restringir a proteção do trabalhador.

“A expressão ‘apenas’ contida no caput do art. 223-A da CLT deixa clara a intenção do legislador da não aplicação de outras normas de mesma hierarquia acerca do dano extrapatrimonial trabalhista. Por esse motivo, a reparação de dano decorrente de responsabilidade objetiva, que está regulada genericamente no Código Civil, não será aplicada por alguns. Muitos defenderão que as lesões morais trabalhistas ocorridas após a vigência da Lei 13.467/2017, decorrentes de responsabilidade objetiva, não comportam reparação”. (CASSAR; BORGES, 2017, p. 40)

Dallegrave Neto (2017, p. 194) pontua que cabe ao legislador infraconstitucional restringir a incidência do texto constitucional na Consolidação das Leis do Trabalho. Ademais o autor explica que:

“O sistema jurídico contém regras próprias de integração, revogação e harmonização. Uma delas é justamente a submissão das leis ordinárias à Lei Maior. Não existe microsistema jurídico (CLT, CDC, CC, CPC) divorciado do sistema constitucional. Vale dizer, assim como o sistema solar tem o sol em seu centro, cujas luzes alumiam os demais planetas, o sistema jurídico tem a Constituição Federal em seu centro, iluminando e influenciando todos os microsistemas que orbitam em torno dela”. (DALLEGRAVE NETO, 2017, p. 194)

Ante o exposto, fica claro, que a restrição de outras normas, e acima de tudo a restrição da aplicação da Constituição Federal de 1988, para dirimir conflitos trabalhistas acerca de danos extrapatrimoniais, viola à Constituição Federal. Tendo em vista, que o art. 223-A, da Lei nº 13.467, restringiria acima de tudo a proteção do trabalhador à luz da Constituição, ficando assim demonstrada clara inconstitucionalidade desse dispositivo.

### **3.3 A titularidade do direito à reparação e quem deve reparar o dano**

O art. 223-E, da Lei nº 13.467 estabelece que "são responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão". (BRASIL, 2017)

A titularidade de quem tem o dever de reparar é um tema pacífico na doutrina, tendo em vista, que autores como Delgado (2019, p. 788), Ferreira e Quadros (2019, p. 658) e Calvo (2020, p. 510) enfatizam que o dever de indenizar é de todos aqueles que tenham contribuído para a ocorrência do dano.

A regra contida no art. 223-E, da Lei nº 13.467 é a mesma estabelecida no art. 942, parágrafo único, do Código Civil, na qual estabelece a responsabilidade solidária de todas as pessoas que contribuíram para a ocorrência do dano. (CALVO, 2020, p. 510)

No que tange a titularidade do direito à reparação, existe divergência no sentido de quem o art. 223-B, da Lei nº 13.467, limitaria a legitimidade de quem teria direito a ter seu dano reparado. O art. 223-B, da Lei nº 13.467 estabelece que "causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação". (BRASIL, 2017)

De acordo com a autora Adriana Calvo (2020, p. 508), tal dispositivo vem sendo criticado pela doutrina pelo fato de "não inclui, por exemplo, os danos morais sofridos por terceiros (dano em ricochete) e os danos morais coletivos".

Sobre as limitações contidas no art. 223-B, da Lei nº 13.467, Maurício Godinho Delgado, destaca que:

“As omissões do novo Título II-A da CLT, por outro lado, não traduzem ausência do direito protegido pelo ordenamento jurídico, porém mera atecnia legislativa, a ser corrigida pelo procedimento hermenêutico. Ilustrativamente, o dano moral em ricochete (por exemplo, indenização pleiteada pelo filho, em face da perda do pai ou da mãe, em decorrência de acidente do trabalho; ou reparação pleiteada pela esposa ou companheira, em face da perda acidentária de seu esposo ou companheiro) não se tornou infenso às indenizações constitucionais e legais. É evidente que esse tipo de dano e suas indenizações se preservam regulados pela ordem jurídica, uma vez que sua tutela deriva diretamente da Constituição da República (art. 5º, V e X, CF). Nesse quadro, a ideia de titularidade exclusiva do direito à reparação, contida no art. 223-B, *in fine*, da CLT, tem de ser objeto de adequada interpretação, obviamente”. (DELGADO, 2019, P. 787)

A Lei nº 13. Lei nº 13.467, novamente, tem evidências de violação as disposições contidas na Constituição Federal, no que concerne a proteção do trabalhador e as limitações impostas à titularidade do direito à reparação reforça que existe traços de inconstitucionalidade na redação da Lei nº 13.467.

### **3.4 Tarifação do dano extrapatrimonial**

O art. 223-G, da CLT, estabelece critérios e parâmetros que deverão ser seguidos pelos magistrados no momento em que arbitrarem a condenação da indenização de reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho, *in verbis*.

“Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará.

I - a natureza do bem jurídico tutelado.

II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;

III - a possibilidade de superação física ou psicológica;

IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;

V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;

VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;

VII - o grau de dolo ou culpa;

VIII - a ocorrência de retratação espontânea;

IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;

X - o perdão, tácito ou expresso

XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;

XII - o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização". (BRASIL, 2017)

Conforme observado na primeira parte do art. 223-G, mais especificamente no caput e nos incisos de I a XII, o legislador elencou 12 elementos que deverão ser analisados pelos magistrados quando estiverem diante de um pedido de indenização por danos extrapatrimoniais. Tais elementos constituem o juízo de equidade que deverá ser realizado pelos magistrados no momento do julgamento. Contudo, conforme explica Maurício Godinho Delgado:



“A nova lei, contudo, não observou na integralidade a noção constitucional de juízo de equidade para a análise dos fatos danosos e da decisão indenizatória, uma vez que preferiu retomar o antigo critério do tarifamento do valor da reparação”. (DELGADO, 2019, p. 788)

De acordo com a autora Adriana Calvo, o art. 223-G, da CLT:

“[...] tem sido um dos mais criticados da Reforma Trabalhista, tendo em vista sua flagrante inconstitucionalidade por ter introduzido no Direito do Trabalho o sistema tarifário de fixação dos danos morais, além de utilizar critério discriminatório de parâmetro do valor (o salário do ofendido)”. (2020, p. 512)

Já o modelo de tarifação do dano extrapatrimonial na esfera trabalhista está previsto nos §§ 1º a 3º, do artigo 223-G, da CLT, que traz como parâmetro para a fixação da indenização, o último salário do empregado.

#### **4 (In)constitucionalidade da tarifação do dano patrimonial na esfera trabalhista**

Como visto alhures, o art. 223-G, da CLT fixa critérios e parâmetros que deverão ser seguidos pelos magistrados no momento de fixar o valor da indenização de reparação de danos extrapatrimoniais.

O modelo de tarifação adotado pelo legislador da Reforma Trabalhista traz grandes semelhanças com o modelo de tarifação adotado na Lei de Imprensa, *in verbis*:

“Art . 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV).

II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém;

III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;

IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

Parágrafo único. Consideram-se jornalistas profissionais, para os efeitos deste artigo:

a) os jornalistas que mantêm relações de emprego com a empresa que explora o meio de informação ou divulgação ou que produz programas de radiodifusão;

b) os que, embora sem relação de emprego, produzem regularmente artigos ou programas publicados ou transmitidos;

c) o redator, o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico, a editor ou produtor de programa e o diretor referido na letra b, nº III, do artigo 9º, do permissionário ou concessionário de serviço de radiodifusão; e o gerente e o diretor da agência noticiosa.

Art . 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

Art . 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido". (BRASIL, 1967)

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 281, já se posicionou no sentido de que "a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa". (BRASIL, 2004)

Posteriormente, no ano de 2008, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº130, a Suprema Corte firmou tese no sentido de que o modelo de tarifação do dano moral adotado pela Lei de Imprensa não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em razão dos dispositivos da Lei de Imprensa violarem os direitos de personalidade das pessoas (BRASIL, 2009).

Ante a semelhança entre o modelo de tarifação adotado pela Lei de Imprensa e pela Reforma Trabalhista, pode-se concluir que, o art. 223-G, §1º deve ser declarado inconstitucional, assim como ocorreu com o modelo de tarifação adotado pela Lei de Imprensa.

De forma majoritária, a doutrina compreende que o modelo de tarifação adotado pela Reforma Trabalhista viola o disposto no artigo 5º, incisos V e X e artigo 7º, inciso XXVIII, ambos da Constituição Federal. A Constituição Federal, em seus artigos 5º, incisos V e X e 7º, inciso XXVIII, dispõe acerca da reparação integral dos danos, *in verbis*:

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

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

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

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa". (BRASIL, 1988)

Sobre a inconstitucionalidade do modelo de tarifação adotado pela Reforma Trabalhista, Mauricio Godinho Delgado explica que:

"O tarifamento está explicitado no art. 223-G, § 1º, incisos I, II, III e IV, a par dos §§ 2º e 3º do mesmo art. 223-G. Se não bastasse a incompatibilidade desse critério de fixação da indenização com a Constituição de 1988 — conforme exaustivamente explicado -, o diploma legal agregou fator adicional de incompatibilidade, ou seja, o parâmetro do salário contratual do ofendido como regra geral para cômputo da indenização. Tal parâmetro propicia injusta diferenciação entre o patrimônio moral de seres humanos com renda diversa - circunstância que acentua o desajuste da lei nova à matriz humanista e social da Constituição e da ordem jurídica internacional regente dos Direitos Humanos no País". (DELGADO, 2019, p. 788)

A seu turno Adriana Calvo, explica que:

"[...] tentou o legislador elevar o novo diploma legal a um patamar normativo supra hierárquico e exclusivo; acima da Constituição da República, dos tratados internacionais e não dialogando com outras leis de mesma natureza hierárquica, como o Código Civil.

Patente que a Reforma Trabalhista faltou neste aspecto pela falta de técnica e coerência do sistema. Mais ainda: tentou construir um verdadeiro regime jurídico de exceção ao mundo do trabalho ao tentar excluir a incidência de outras normas do ordenamento jurídico, inclusive de natureza hierárquica superior, repise-se, a exemplo da Constituição da República". (CALVO, 2020, p. 512-513)

Ademais, percebe-se que o modelo atual de tarifação presente na CLT, viola o princípio da igualdade. Sobre o princípio da igualdade leciona Maria Berenice Dias:

"A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à ideia de justiça. Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com igualdade formal: conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Mas não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. Aspira-se à igualdade material precisamente porque existem desigualdades. Também existe a

igualdade como reconhecimento, que significa o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam elas quais forem. Nada mais do que o respeito à diferença” (DIAS, 2016, p. 76-77).

A violação que aqui se destaca é no sentido de que o modelo de tarifação do dano extrapatrimonial pode trazer indenizações discrepantes, tendo em vista que o mesmo fato gerador pode gerar indenizações diferentes, uma vez que o último salário do empregado será utilizado como base para se fixar o quantum a indenizar.

Nesse sentido, Adriana Calvo (2020, p. 512) explica que o modelo de tarifação adotado pela Reforma Trabalhista utilizou um "critério discriminatório de parâmetro do valor (o salário do ofendido)".

Em recente decisão, o Tribunal Regional do Trabalho da 3<sup>o</sup> Região do Estado de Minas Gerais declarou a inconstitucionalidade do modelo de tarifação previsto nos §§ 1<sup>o</sup> ao 3<sup>o</sup>, sob o fundamento de que o modelo adotado pelo legislador da Reforma Trabalhista fere o disposto no art. 5<sup>o</sup>, incisos V e X, da Constituição Federal (TRT3, 2020).

No mesmo sentido, foi a decisão de incidente de arguição de inconstitucionalidade do Tribunal Regional do Trabalho da 23<sup>a</sup> Região do Estado do Mato Grosso, que considerou inconstitucional a limitação imposta pelo art. 223-G, §1<sup>o</sup>, da CLT, por expressa violação ao princípio da reparação integral do dano previsto no art. 5<sup>o</sup>, incisos V e X, da Constituição Federal. Tal entendimento foi sedimentado na Súmula 48, do Tribunal Regional do Trabalho da 23<sup>a</sup> Região, *in verbis*:

**“SÚMULA Nº 48 - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 223- G, PARÁGRAFO 1º, I A IV, DA CLT. LIMITAÇÃO PARA O ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL COM A CR/88. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a limitação imposta para o arbitramento dos danos extrapatrimoniais na seara trabalhista pelo parágrafo 1º, incisos I a IV, do artigo 223-G da CLT, por ser materialmente incompatível com os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, acabando por malferir também os intuitos pedagógicos e de Reparação integral do dano, em cristalina ofensa ao artigo 5º, V e X, da CR/88.(TRT ArgInc 0000239-76.2019.5.23.0000)”.**

Nesse sentido, o modelo de tarifação adotado pelo legislador na Reforma Trabalhista se mostra inconstitucional por violar a Constituição Federal, e por não priorizar a reparação integral do dano.

## **Conclusão**

Com a Reforma Trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho sofreu várias mudanças, dentre as quais se destaca a inserção do Título II-A na CLT (“Do Dano Extrapatrimonial”), que vai do artigo 223-A ao 223-G.

Percebeu-se que o legislador em vários pontos do título que trata sobre os danos extrapatrimoniais, não levou em consideração as normas e princípios presentes na Constituição Federal de 1988, o que levou a considerar que as alterações trazidas apresentam desconformidade com a Carta Magna, e por consequência, podem ser consideradas inconstitucionais.

O primeiro ponto analisado foi o constante no art. 223-A, em que restringe o uso somente da lei celetista para dirimir os conflitos de danos extrapatrimoniais que decorrem da relação de emprego, excluindo-se a aplicação, por exemplo, da Constituição Federal.

Outro ponto de maior discussão foi acerca do modelo de tarifação adotado pelo legislador para quantificar o valor da indenização de reparação dos danos extrapatrimoniais, tendo em vista que o art. 223-G está em desconformidade com a Constituição Federal de 1988, pois viola os princípios da isonomia e da reparação integral do dano, previstos no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal.

Outrossim, levando em consideração a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº130, a Suprema Corte firmou tese no sentido de que o modelo de tarifação do dano moral adotado pela Lei de Imprensa não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Não se pode olvidar que o modelo de tarifação adotado pelo legislador na Reforma Trabalhista é flagrantemente inconstitucional por violar o disposto no art. 5º, incisos V e X, bem como no art. 7º, inciso XVIII, ambos da Constituição Federal.

Desse modo, o magistrado ao analisar o caso concreto, deverá priorizar a reparação integral do dano e primar sempre pelo juízo da equidade no momento de fixar o quantum indenizatório.

## **Referências Bibliográficas**

BRASIL. **Código Civil, 2002.** Brasília, DF, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.** Brasília, DF, 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: 04 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 281 da jurisprudência dominante.** Publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 13 de maio de 2004, p. 200. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_21\\_capSumula281.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf). Acesso em: 02 maio 2021.

BRITO, Maurício Ferreira. **Regime de exceção do dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho.** O que mudou com a reforma trabalhista, 28/03/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pensando-direito/regime-de-excecao-do-danoextrapatrimonial-decorrente-da-relacao-de-trabalho-%E2%80%A6>. Acesso em: 29 de set. 2020.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral.** 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CALVO, Adriana. **Manual de direito do trabalho.** 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho.** 3. ed. Niterói: Impetus, 2009.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho.** 6. ed. São Paulo: LTr, 2017

DELGADO, Maurício Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n.13.47/2017.** São Paulo: LTr, 2017.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil,** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.22.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.3

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v.9.

LUZ, Alex Faverzani; SANTIN, Janaína Rigo. **A evolução histórica da justiça do trabalho e os direitos sociais no Brasil**. Rio Grande do Sul. v. 2. n. 4, 2009. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs/aedos>>. Acesso em: 19 de set. de 2020.

MELLO, Roberta Salvático Vaz; GODINHO, Jéssica Rodrigues. Dano moral reflexo à morte e indenização. **Revista em Tempo**, Marília, v. 17, p. 200-224. 2018. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br> > emtempo. Acesso em 05 abr. 2021.

SAVATIER, Traité de la responsabilité civile em droit français, 2. ed., v. 1.LGDJ, 1951, apud DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, 19. ed. rev. e atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, Marília Ferreira de. **Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole**. Porto Alegre: UFRGS, 2016.

Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66610/40474>. Acesso em: 05 abr. 2021.



## CONSTELAÇÃO SISTÊMICA COMO MEIO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

**EDSON FERREIRA POTENTE:**  
Graduação em Direito, pela Faculdade  
UNA – Contagem/MG.

**ANA MARIA MARQUES**

(coautora)

**ADRIANA PATRÍCIA CORTOPASSI COELHO**

(orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo versa sobre a utilização da técnica de Constelação Sistêmica Familiar como ferramenta no âmbito jurídico para entendimento e resolução de conflitos. Tem como objetivo principal, dessa forma, apresentar dados concernentes a essa técnica como meio de resolução de conflitos familiares. O judiciário brasileiro está sobrecarregado, portanto, cabe aos agentes do direito buscarem outros meios de resolução de conflitos, o que culminaria na redução de ações perante o Estado-Juiz. Partindo desse pressuposto, a Constelação Sistêmica Familiar pretende avançar como um novo método alternativo (de solução de conflitos) na matéria do direito, levando as pessoas, de forma individual ou coletiva, a compreenderem de maneira mais aprofundada a solução de (seus) conflitos. Tal estudo basear-se-á, para isso, em pesquisas bibliográficas sobre a temática, com destaque para o idealizador dessa técnica, Bert Hellinger. Compreende-se, ao final que é esta técnica de grande relevância como (novo) método que se envolve na solução de conflitos familiares, apresentando forte influência positiva como (nova) modalidade de resolução de conflitos no Brasil.

**Palavras-chave:** Direito Sistêmico. Solução de conflitos. Constelação Familiar.

**ABSTRACT:** This article deals with the use of the Family Systemic Constellation technique as a tool in the legal field for the understanding and resolution of conflicts. Its main objective is to present data regarding this technique as a means of resolving family conflicts. The Brazilian judiciary is overburdened, therefore, it is up to the agents of law to seek other means of conflict resolution, which would culminate in the reduction of lawsuits before the Judicial State. Based on this assumption, the Family Systemic Constellation intends to advance as a new alternative method (of conflict resolution) in the field of law, leading people, individually or collectively, to understand in a deeper way the solution of (their) conflicts. Such study will be based on bibliographic research on the theme, with emphasis

on the creator of this technique, Bert Hellinger. It is understood, in the end, that this technique is of great relevance as a (new) method that is involved in the solution of family conflicts, presenting a strong positive influence as a (new) way of conflict resolution in Brazil.

**Keywords:** Systemic Law. Family conflicts. Family Constellation.

## 1 CONCEITO E HISTÓRICO DA CONSTELAÇÃO SISTÊMICA NO BRASIL

O presente artigo versa sobre a utilização da técnica de Constelação Sistêmica Familiar como ferramenta no âmbito jurídico para entendimento e resolução de conflitos.

Vale ressaltar que, segundo Viera (2018, p. 20), “embora o tema venha sendo discutido no Brasil há muitos anos, a sua aplicação prática ainda enfrenta alguns entraves, muitas vezes, dentro da própria proposta de justiça instituída pela legislação brasileira”. Ainda acresce que:

O tema vem sendo discutido há quase um século, especialmente a partir do forte desenvolvimento de Bert Hellinger e, mesmo no Brasil, por outros estudiosos da Constelação, inclusive com sua aplicação na via judicial. Mas é tema ainda visto como desvinculado do direito, como fuga da ordem normativa posta, como indevida tentativa de regulação do processo pela Psicologia ou Sociologia, como questão de menor relevância... (VIEIRA, 2018, p. 17).

Na estrutura deste artigo, apresentam-se conceitos e aspectos históricos acerca da Constelação Sistêmica, com abordagem de forma sucinta sobre sua origem, funcionalidade e relação com o Judiciário brasileiro.

A Constelação Familiar é vista como uma prática terapêutica usada para tratar de questões intrínsecas, com envolvimento do corpóreo, de questões físicas e mentais a partir da revelação das dinâmicas ocultas de uma família. Estudos demonstram, de tal forma, que, por meio da Constelação, é possível identificar acontecimentos que, mesmo desconhecidos, podem trazer problemas para a vida de uma pessoa ou à coletividade.

Barros, acerca disso, menciona que a dinâmica da Constelação Familiar consiste em montar o sistema familiar e entrar em contato com o campo morfogenético do sistema familiar do indivíduo. Esse contato possibilita, então, identificar os motivos que possam ter ocasionado um desequilíbrio nesse sistema. (BARROS, 2020).

O psicoterapeuta, filósofo, teólogo e escritor Bert Hellinger (2007) deu origem a esse novo método, denominado Constelação Sistêmica, que revela as emoções que,

consciente ou inconscientemente, são acumuladas no dia a dia dos seres humanos. São emoções que influenciam em tomadas de decisões, de forma a converter os aspectos negativos que desequilibram as emoções, causando déficit na saúde mental, determinante em autoconhecimento sobre a própria história e toda a situação que norteia o indivíduo.

É, nesse campo mental, que se dá o trabalho com a Constelação Sistêmica Familiar, o qual objetiva descobrir o real motivo do conflito ocorrido no âmbito, no seio familiar. Essa prática pode ser entendida como uma terapia breve, ou seja, que não requer repetidas sessões.

Nos seus estudos, Hellinger (2007) analisa as heranças emocionais que os indivíduos herdam a partir da história de sua família e dos comportamentos herdados da ancestralidade, o que engloba: cultura, leis, perdas, doenças, separações traumáticas, caráter essencial etc.

A Constelação Sistêmica, nessa perspectiva, conforme seus idealizadores, veio para melhorar o comportamento do homem para com o próprio homem, buscando um bem que possa atingir toda a sociedade – no caso, o bem-estar em soluções de conflitos. Trata-se, de tal forma, do acesso à justiça imparcial, e, como tem sido reconhecido, por meio de garantias dadas aos cidadãos para que possam exercer seus direitos de modo social, não apenas formal, como também de forma célere, efetiva e justa.

O princípio garantidor dessa justiça, é importante mencionar, se encontra respaldado na Constituição de 1988, direito este que se encontra enquadrado no artigo 5º da Constituição, assegurando os direitos individuais e coletivos como marco civilizatório. (BRASIL, 1988).

Com as experiências no campo do direito com a Constelação Sistêmica, pode-se enfatizar como o Judiciário brasileiro tem aplicado essa prática como meio alternativo e consensual na resolução de litígios, de forma a permitir o melhor fluxo dos processos no âmbito jurídico.

O emprego de conciliação e mediação, no âmbito do direito familiar, possibilitou uma abordagem diferenciada, porém a sentença judicial ainda não se mostra efetiva nesse sentido, pois não consegue colocar fim ao conflito familiar.

Nessa perspectiva, a prática da Constelação Sistêmica Familiar no Judiciário surge como uma forma efetiva de atendimento humanizado, a fim de propiciar às partes uma melhor percepção acerca do conflito familiar com mediação do Estado.

Destaca-se também, no campo dessa atuação, o magistrado Sami Storch (2018), da Vara de Família de Itabuna/BA, primeiro jurista a utilizar a técnica da Constelação Sistêmica no Brasil.

Este artigo apresenta, então, concernentemente à temática analisada, reflexões do filósofo Bert Hellinger (2007) no que tange à importância da família e ao modo como a Constelação Sistêmica pode contribuir e minimizar os litígios nesse meio. E é visível o interesse de juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público por esse novo método.

Constata-se, dessarte, que a técnica sistêmica observa os ritos processuais e a exigenciado novo Código de Processo Civil quanto à imprescindibilidade da conciliação e mediação, porém não excluem a importância destas.

Não se pretende aqui esgotar o conteúdo exposto acerca dessa temática, vale ressaltar, conflitos sempre irão existir, porém é necessário reforçar que a família é a base de toda a sociedade e, como tal, é preciso preservá-la. E a Constelação Sistêmica surge, nesse contexto, como uma forma de resgate do diálogo, da compreensão e da reconciliação do indivíduo com as pessoas do seu meio para, enfim, participar de uma sociedade mais justa, equilibrada e feliz

– não só o indivíduo por si só, porém (com) toda a sua família.

Academicamente, no tocante ao estudo do direito, esse método de resolução de conflitos familiares, penais e outros ramos judiciais se torna moderno, eficaz e célere. Busca-se, então, por intermédio deste trabalho, apresentar novas formas de compreensão, divulgação e incentivo aos profissionais e simpatizantes para capacitação e aperfeiçoamento dessa técnica de resolução de conflitos familiares no complexo estudo da academia.

## **2 OBJETIVOS DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR**

Os vínculos familiares criados, bem como a maneira como as relações familiares acontecem, influenciam diretamente no estilo de vida das pessoas e no modo como estas se comportam diante de várias situações e circunstâncias.

Manné (2008), acerca disso, pontua que: “[...] os sistemas de convívio e o modo de relacionamentos adotados por nossos ancestrais, atuam mesmo que inconscientemente sobre quem somos ou sobre quem vamos nos tornar no decorrer dos anos”. E complementa:

Ao vir ao mundo, no seio de uma família, não herdamos somente um patrimônio genético, mas sistemas de crença e esquemas de

comportamento. Nossa família é um campo de energia no interior da qual nós evoluímos. Cada um, desde seu nascimento, ocupa aqui um lugar único. Do mesmo modo que os aviões aguardando em cima de um aeroporto atravancado – cada um à velocidade e altitude que lhes são próprias (momentos que parecem intermináveis para os passageiros) –, nós somos, também, mantidos em nosso campo familiar pessoal e individual num nível determinado, que entrava ou faz crescer a nossa disposição para ser feliz, escolher livremente, ter êxito naquilo que empreendemos, para fazer durar os relacionamentos agradáveis, a saúde, o bem-estar e também as doenças. Acontece que experimentamos o sentimento de termos sido mantidos nos esquemas problemáticos desde tempos imemoriais. As constelações familiares nos dão a oportunidade de compreender os esquemas em seu nível mais profundo. Elas permitem que nos libertemos, ao mesmo tempo que encontramos a paz e a felicidade. (MANNÉ, 2008, p. 3).

Dessa forma, Pahins (2020) defende que a Constelação Familiar consiste em uma terapia ou em estudos dos estágios mais profundos da mente, os quais buscam (re)conhecer os entranhados da consciência, bem como do inconsciente, trabalhando esses campos da mente de maneira pessoal e em conjunto, permeando sempre pela ótica das relações familiares, com o propósito de compreender como essas interações em família são capazes de moldar o indivíduo e seus comportamentos.

Para Vieira (2018), a Constelação Familiar funciona como terapia pessoal que, no Judiciário, pode ser utilizada como instrumento para negociação de conflitos. Dessa maneira, serve a Constelação como terapia pessoal (individual e familiar) e pode, no Judiciário, ser utilizada como ferramenta de um justo efetivo, para que, na resolução dos conflitos, negociem/atuem pessoas que se encontram mais próximas da real compreensão do conflito, no qual se reconheçam as limitações de conhecer e de agir.

Nesse aspecto, Manné (2008,p.3) esclarece que “as relações familiares têm atuação direta sobre nós, no entanto, compreender o modo como essa atuação acontece, nos torna capazes de determinarmos as nossas próprias ações”. E ainda diz:

As constelações familiares nos ensinam que a nossa família é a nossa sina. Entretanto, não estamos irremediavelmente presos a essa sina e podemos alcançar a cura. Ao compreender os

mecanismos desse processo, ficamos na posse do poder de controlar o nosso comportamento a fim de evitar sofrimento para as gerações futuras e sobre a maneira de tornar nossa vida e nossos relacionamentos mais ricos e gratificantes. (MANNÉ, 2008, p. 2).

Constata-se, assim, que o principal objetivo da Constelação Familiar é evidenciar o que atua sobre o indivíduo, como também sobre seu sistema ou grupo familiar, de maneira que seja possível conhecer as influências invisíveis e as interferências que atuam essencialmente sobre este grupo e que acaba por determinar as ações e reações individuais e coletivas no contexto do sistema estudado.

### **3 MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO PILARES NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

A expressão *direito sistêmico*, no contexto estudado, é baseada na ótica de Bert Hellinger (2008), terapeuta, teólogo, padre, psicoterapeuta, especialista em dinâmica de grupo e terapia familiar e escritor.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Coaching (IBC), Hellinger desenvolveu o método conhecido como Constelação Sistêmica na década de 1970, (método este) que se volta ao estudo das emoções e energias, que conscientemente e inconscientemente os indivíduos acumulam ao longo da vida. Esse aprofundamento possibilita compreender como os fatos influenciam as tomadas de decisão, de forma a reverter os aspectos negativos que podem vir a desequilibrar a vida. (MARQUES, 2019).

Informações providas do Instituto Corpo e Alma indicam que a herança emocional que as pessoas herdaram de suas famílias, como perdas, brigas, doenças, separação traumática, tragédias, entre outras podem ser âncoras negativas no processo evolutivo pessoal e nas relações sociais. (CONSTELAÇÕES..., c2016).

Há concordância, de certa forma, no que se refere a como a Constelação Sistêmica envolve os sujeitos e seus familiares, que estão em litigância na justiça, em busca de solucionar seus conflitos, não só materiais como também pessoais, entendendo, assim, que esse método, via sua atuação, envolve não só o patrimônio como também o lado pessoal dos sujeitos envolvidos. Mas, no que compete à justiça, nesse sentido, é que ocorre, por vezes, uma minimização dos conflitos ao âmbito material, e seria importante trazê-los para um olhar mais brando, mais inter-relacional, como ocorre a partir da Constelação Sistêmica.

Para o jurista Dr. Sami Storch (2018), a abordagem sistêmica do direito propõe a aplicação prática da ciência jurídica com um viés terapêutico desde a etapa de elaboração das leis.

A noção moderna de Estado [, a partir desse entendimento,] encontra-se umbilicalmente ligada a (sic) idéia (sic) de jurisdição do próprio elemento constitutivo da noção de modernidade, abarca não só a noção de soberania política, mas também traz consigo o ideal de soberania jurídica (de exclusividade na aplicação coercitiva do direito), tendo em vista a noção verberiana de que o Estado toma para si o monopólio do exercício da força para a pacificação. (STORCH, 2018).

Destacada no Brasil, a partir de 2012, a metodologia da Constelação Sistêmica teve sua implantação no Judiciário baiano para solução de conflitos. De tal maneira, cientificou que, com a utilização dessa prática, em uma amostra de 90 audiências, atingiu-se 91% de participação das partes com solução dos conflitos. A partir dessa experiência, a justiça (baiana) adotou a prática na modalidade de Direito Sistêmico tornando-o ato Jurídico no Tribunal de Justiça da Bahia. (STORCH, 2018).

Descreveu o autor José Carlos Evangelista de Araújo (2007, f.18) que o “[...] direito sistêmico trata as partes envolvidas em um conflito como integrantes de um único sistema, considera que os indivíduos que divergem em uma causa, são também, (sic) membros que integram ou compõem outros subsistemas”.

Desse modo, para Araújo (2007), o Direito Sistêmico vê as partes em conflito como membros de um mesmo sistema, sem deixar de, ao mesmo tempo, ver cada uma delas (das partes) vinculada a outros sistemas dos quais simultaneamente fazem parte, e busca (essa forma de Direito) encontrar a solução que, considerando todo esse contexto, traga maior equilíbrio.

Corroborando essas afirmações, Souza (2014) explica que os fundamentos e a prática dessa abordagem, em especial nos casos de direito de família, e sua aplicabilidade evidenciam que a utilização do método pode impactar positivamente no atendimento da população vulnerável e na redução de conflitos.

O estudo acadêmico [, a partir desse âmbito,] abrange a prática de Conciliação e Mediação no direito familiar, porém na formação não abrange uma metodologia a ser aplicada para obter êxito, quando se trata de relações ocultas da vivência familiar, ou que revelam consciente ou inconscientemente [fatos que] são acumulados no dia a dia. (SOUZA, 2014, p. 15).

Informações do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), divulgadas em abril de 2018, apontam que vários Estados brasileiros já utilizam a técnica de Conciliação Familiar antes das sessões de conciliação, dado confirmado pelo Magistrado Wagner Wilson Ferreira, superintendente da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – EJEJ/TJMG. O magistrado esclarece que, em Minas Gerais, algumas Comarcas já adquiriram a metodologia, entre elas a de Contagem, que inseriu a dinâmica como desdobramento da audiência de tentativa de conciliação em processo de Varas de Família com alto grau de litigiosidade. (TJMG, 2018). Ao abordar a temática, a fundadora da Associação Brasileira de Constelação Sistêmica, Solange Bertão, destaca que: “É importante que o magistrado saiba o que é constelação sistêmica, pois, com esta consciência poderá identificar casos que estejam sob sua responsabilidade e, havendo interesse da parte, poderá encaminhá-la para ser submetida à vivência de constelação”. (TJMG, 2018).

Considera-se, de tal modo, que essa metodologia que chega aos tribunais tem sido cada vez mais aplicada e aperfeiçoada, com apresentação de bons resultados, tem exigido mais capacitação e aperfeiçoamento por parte dos profissionais envolvidos, também, tem fomentado que, além do Judiciário, faz-se necessária a presença/participação de outros profissionais correlatos para um aperfeiçoamento técnico, o que engloba uma interdisciplinaridade que vai além do campo disciplinar do direito. (BERTÃO, 2018). Assim, a tentativa de solucionar os reais problemas escondidos por trás das demandas judiciais tem efeitos futuros altamente benéficos a todo o sistema de justiça.

No entendimento da magistrada e desembargadora do Tribunal de Justiça do Amapá a noticiário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Sueli Pini, “[...] a técnica da constelação familiar é inovadora e essencial para a construção de um Judiciário realmente eficiente [...]”. (TJAP, 2018). Isso se dá porque, no entendimento da magistrada, pelo modelo atual, que instigam litígio, as adversidades tendem a crescer, tornando o sistema “esquizofrênico”. O caminho, dessarte, é a busca pela conciliação, que nem sempre precisa terminar em acordo, de maneira que os efeitos podem vir muito depois, porque as pessoas param para pensar, ficam instigadas à análise. Está-se fazendo, assim, uma espécie de justiça quântica. (TJAP, 2018).

#### **4 CONSTELAÇÃO SISTÊMICA: FORMA DE JUDICIALIZAÇÃO**

No Brasil, como forma de judicialização da Constelação Sistêmica, pode-se citar o Projeto de Lei nº 9.444, de 2017, o qual trata da “[...] inclusão da Constelação Sistêmica como um instrumento de mediação entre particulares, a fim de assistir à solução de controvérsias”, este que, em seu Artigo 2º traz a seguinte indicação: “Considera-se constelação sistêmica a atividade técnica terapêutica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar



soluções consensuais para a controvérsia sob um novo olhar sistêmico”. (BRASIL, [2017], p. 2).

No Artigo 3º, Capítulo I, Seção I, que trata das Disposições Gerais do citado Projeto de Lei, há a seguinte menção:

A Constelação será orientada pelos seguintes princípios: I – imparcialidade do constelador;

II – informalidade;

III – autonomia da vontade das partes; IV – busca da solução do conflito;

V – boa-fé. (BRASIL, [2017], p. 2).

Mencionado Projeto ainda explicita que “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de constelação” (art. 3º, § 1º) e que esta “[...] pod[erá] ser utilizada antes do procedimento de conciliação ou mediação, a fim de facilitar o processo de solução de controvérsias” (art. 3º, § 2º); também que a Constelação poderá “[...] vers[ar] sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação”. Acerca do consenso que envolva direitos indisponíveis, mas também transigíveis, há a indicação de que “[...] deve ser homologado em juízo [e] exigida a oitiva do Ministério Público”. (BRASIL, [2017], p. 2).

O Projeto de Lei esclarece ainda, via art. 5º, § 2º, que “aos necessitados será assegurada a gratuidade da constelação”. Em seu artigo 10 dispõe que poderá ser constelador: “[...] qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e seja graduada em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação[...]”, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação. (BRASIL, [2017], p. 3).

Sobre a segurança, a partir da Seção IV, *Da Confidencialidade e suas Exceções*, art. 14,

§ 1º, dispõe que

Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de constelação será confidencial em relação a terceiros, não podendo

ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para o cumprimento de acordo obtido pela constelação.

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao constelador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de constelação. (BRASIL, [2017], p. 4).

Observa-se, aqui, que esse Projeto de Lei enseja as mesmas diretrizes da Lei 13.140 de 2015 (Lei de Mediação), que dispõe sobre a mediação entre os particulares, principalmente no que tange aos princípios da imparcialidade, informalidade, autonomia das partes na busca da solução do conflito e da boa-fé. (BRASIL, 2015).

Conclui-se diante disso que o objeto da Constelação é o mesmo que o da mediação, o qual versa sobre os direitos disponíveis ou indisponíveis das partes, podendo, assim, a Constelação vir a ser regulamentada como a mediação.

Importante se faz entender de que se trata então a mediação: esta é uma forma de resolução de conflitos por meio da qual o mediador constrói um espaço facilitador do diálogo entre as partes. Dessa forma, são (ess)as partes que apresentam as soluções.

Antes mesmo de existirem no Brasil marcos legais específicos sobre a mediação, houve importante protagonismo do Judiciário na aplicação e na regulação dos métodos consensuais por meio de resoluções, programas e núcleos permanentes de solução de conflitos, que atuam quer antes do processo judicial, quer incidentalmente ele, em primeira instância ou em grau recursal. (TAKAHASHI; ALMEIDA; GABBAY; ASPERTI, 2019, p. 17).

É nesse cenário que se destaca a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que “dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário [...]” (CNJ, 2010) e que contribui sobremaneira no que se refere a importantes passos voltados à institucionalização da mediação e da conciliação, além da difusão, sistematização e aprimoramento das práticas consensuais que já eram adotadas no Judiciário.

Takahashi, Almeida, Gabbay e Asperti apontam ainda que a Lei de Mediação – Lei 13.140/2015 – e o Código de Processo Civil vigente tratam-se de “[...] marcos legais importantes para os meios consensuais”, informando também que,

embora não se possa dizer que mudanças culturais ocorram a partir de alterações normativas, elas costumam ter impacto na institucionalização da mediação e da conciliação, tratando de princípios e garantias básicas que devem ser resguardadas (como a imparcialidade do mediador, a autonomia da vontade, confidencialidade, informalidade, dentre outros previstos no art. 166 do CPC e art. 2º da Lei de Mediação). (TAKAHASHI; ALMEIDA; GABBAY; ASPERTI, p. 18-19).

Há inúmeras divergências sobre o assunto, e os autores informam de tal forma que:

O conciliador e o mediador não devem fornecer orientação jurídica, papel reservado ao advogado das partes. Todavia, a linha divisória entre a informação e a orientação é tênue, especialmente nas matérias da competência da Justiça Federal, em que há diversos termos técnicos e atos normativos infralegais. Muitas vezes o terceiro facilitador se verá obrigado a fornecer alguma informação substancial, pois, se não fizer isso, talvez o procedimento não irá minimamente avançar, ou se verificará que uma das partes não está totalmente consciente das implicações de um acordo no seu caso. (TAKAHASHI; ALMEIDA; GABBAY; ASPERTI, 2019, p. 19).

Para Vieira (2018), o uso da constelação no Judiciário prestigia as abordagens pluralistas à atuação deste e propõe, dessarte, novas formas emancipatórias e contra-hegemônicas de legitimação do direito, por meio de um pluralismo jurídico democrático e participativo.

## **5 A CONSTELAÇÃO SISTÊMICA SEGUNDO BERT HELLINGER**

O autor Bert Hellinger (2007) explica que a família é composta por várias pessoas as quais estão relacionadas no espaço de um determinado modo. Quando alguém monta a Constelação Familiar, transmite uma imagem espacial do que ocorre na família e, para tanto, elucida que, se alguém monta a Constelação de forma adequada, aqueles que atuam como representantes deixam de pertencer, momentaneamente, ao (seu) próprio sistema familiar, para passar a pertencer a outro (sistema familiar). Assim, eles (esses representantes) conseguem apreender com exatidão o que se passa nesse (novo) sistema.

Quem age em harmonia, mesmo que seja contra o que os outros dizem, está em paz consigo mesmo. Quem está em harmonia com o fato de ser pai, mãe, parceiro, parceira, filho ou filha, irmão ou irmã e simplesmente assume as tarefas que daí advêm cumpre a sua condição de ser humano. Nessas atividades simples é que o ser humano alcança a plenitude. Aqui ele sente uma harmonia serena com algo maior. Sem alarde, sem dogmas, sem doutrinas, sem exigências morais. Aqui nada disso tem significado. (HELLINGER, 2007, p. 52).

Ainda segundo o autor, a Constelação Sistêmica, com o propósito de conhecer o indivíduo mais profundamente, considera o ambiente e o contexto em que este se encontra inserido. Dessa forma:

Quando focalizo, vejo os detalhes, mas não posso ver o todo. Um pesquisador que olha para uma árvore, como pesquisador não pode ver a árvore como uma árvore. Elevê somente os detalhes. Um pintor, entretanto, vê o todo, ou um poeta. É assim que trabalho com as pessoas sistematicamente. Eu não olho para o indivíduo, mas o vejo inserido num sistema de referência... O essencial não é visível. Aparece subitamente através dos fenômenos. E vem à luz. Essa é uma abordagem fenomenológica (HELLINGER, 2007, p. 30).

Hellinger (2007, p. 74) dialoga que, "se o cliente montasse a sua constelação de acordo com a imagem criada por ele, seria individual. Mas eu exijo que ele se concentre bem e que deixe a imagem emergir na medida em que monta a constelação", e complementa, "desse modo, não se trata então de uma imagem criada por ele, mas de uma imagem que repentinamente vem à luz partindo do inconsciente até ele se surpreender com o resultado".

Diante disso orienta que o processo de auxiliar as pessoas na solução de seus conflitos é de extrema importância, uma vez que a resolução desses conflitos encaminha os indivíduos à reconciliação:

Para mim é importante ajudar as pessoas a resolver conflitos e colocá-las em contato com o poder de cura de sua família. No fundo, isso não é só terapia, é um trabalho a serviço de reconciliação. Na verdade, me alio aos pais ou às pessoas que sofreram injustiças e as coloco no jogo. A cura parte deles, não de

mim... Eu me definiria mais como terapeuta familiar, pois ajudo um sistema a encontrar o seu caminho e a sua ordem. (HELLINGER, 2007, p. 80).

Os sistemas familiares têm uma força muito grande, vínculos tão profundos e algo tão comovente para todos os seus membros, e isso independentemente de como se comportem com relação a eles, se tornando, de tal modo, indivisível. Sendo assim, a família dá a vida ao indivíduo. Dela provêm todas as suas possibilidades e limitações (desse indivíduo). Graças à família, ele nasce no seio de um determinado povo, numa determinada região e é vinculado a determinados destinos – e tem que arcar com eles. Assim, não existe nada mais forte do que a família – trata-se esta do vínculo mais forte e, ao mesmo tempo, fonte primária de doenças, neuroses e sofrimento psíquico e físico.

Nesse contexto, esclarece Hellinger (2007) que, assim é a família, essa mescla de tudo, que também é vida. Na família começamos a viver e daí surge a pergunta: como é que o indivíduo pode organizar sua vida sobre essa base de maneira que seja possível um desenvolvimento completo?

Diante disso, fica claro que o desenvolvimento individual passa pelo acompanhamento e desenvolvimento familiar, de maneira que as ações e reações individuais tenham sua base no contexto coletivo social. Sendo assim, para que seja possível sua compreensão (do indivíduo), é também necessário compreender o (seu) histórico familiar.

A lei do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069 de 1990, faz-se importante mencionar, apresenta a base para a formação familiar no sentido de sua indivisibilidade e diversidade na sua formação:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai ou os responsáveis têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (BRASIL, 1990).

E é essa família que deve ser resguardada, na sua forma indivisível e diversa, que deveser protegida pelo Estado e por cada um de seus componentes.

## 6 - CONCLUSÃO

A Constelação Sistêmica, no campo do direito, vem identificando vários padrões e componentes dos conflitos vivenciados por (diversificadas) famílias que carregam por gerações um sofrimento psicológico, emocional e físico que acaba por deixar marcas. Quando a Constelação analisa com harmonia, os litigantes tendem a encontrar as soluções para seus problemas. Essa metodologia considera que, fora da família, o indivíduo pode alimentar outras reações de raiva, vingança e insatisfação.

É nessa perspectiva que a Constelação Familiar busca compreender o contexto familiar, bem como as heranças comportamentais e emocionais trazidas em sua ancestralidade, expressas diretamente ou não pelo indivíduo, com o propósito de elucidar seu comportamento. Uma vez que as pessoas, de forma geral, herdaram muito mais que traços genéticos, há a compreensão de que a interferência de fatores ligados ao inconsciente e ao subconsciente individual são primícias para a compreensão do comportamento individual enquanto membro de um grupo familiar e social.

Sendo assim, quando as pessoas expõem seus problemas, elas conseguem compreender suas ações, de maneira que os envolvidos passam a compreender e a buscar uma verdade, e não apenas uma sentença no processo. A aplicação da Constelação Sistêmica Familiar, dessa forma, auxilia na humanização da justiça, tornando mais célere o processo Judiciário, além de reduzir novos processos.

Para os profissionais do direito que atuam em Varas de Família, a metodologia de Constelação Familiar ajuda os clientes em efetivos acordos se tornando mais uma ferramenta integrada na condução de negociações e geração de (novos) acordos, o que resulta na minimização de litígios familiares, com elevação, assim, das chances de uma reconciliação mais humana para os sujeitos envolvidos.

A Constelação Familiar surge como instrumento para humanização da justiça no Brasil, haja vista que esse é um direito constitucional e que os conflitos e litígios são inerentes aos seres humanos. A partir disso, entende-se que garantir assistência jurídica de maneira humanizada no processo de resolução de conflitos é garantir, também, que as relações humanas preencham de fato o lugar que lhes cabe especialmente no ambiente familiar, uma vez que, embora sejam os indivíduos por si só, são estes sujeitos, outrossim, sempre componentes elementares de algum grupo na esfera familiar e social.

Essa nova técnica, de tal forma, precisa ser mais estudada por todos os envolvidos na solução dos conflitos familiares, como advogados, juízes, promotores e serventuários da justiça. Requer ainda uma melhor compreensão de sua aplicação prática e de seus princípios norteadores, o que levará ao entendimento de sua funcionalidade, bem como de uma influência positiva para uma nova modalidade de resolução de conflitos no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. **O estado democrático social de direito em face do princípio da igualdade e as ações afirmativas**. Orientadora: Maria Garcia. 2007. 576 f.

Dissertação (Mestrado em Direito do Estado Constitucional) – Curso de Pós-Graduação em Direito do Estado (Constitucional), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos e direito de família**. In: JORNADA DE DIREITO DE FAMÍLIA, Auditório da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 12., 2003, Rio Grande do Sul. **Anais eletrônicos [...]**. Rio de Janeiro: [Brasil], 2003.

Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BERTÃO, Solange. **Constelação sistêmica**. In: SOLANGE Bertão. São Paulo, c2018. Disponível em: <http://www.solangebertao.com.br/const-sistemica/>. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 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: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de julho de de 1990**, Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140, 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 9.444, de 2017**. Da Comissão de Legislação Participativa. Dispõe sobre a inclusão da Constelação Sistêmica como um instrumento de mediação entre particulares, a fim de assistir à solução de controvérsias. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Sala da Comissão, [2017]. p. 1-11. Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1639803#:~:text=d+e%20Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Participativa\)-,Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20inclus%C3%A3o%20da%20Constela%C3%A7%C3%A3o%20Sist%C3%AAmica%20como%20um%20instrumento,Sist%C3%AAmica%20na%20solu%C3%A7%C3%A3o%20de%20conflitos](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1639803#:~:text=d+e%20Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Participativa)-,Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20inclus%C3%A3o%20da%20Constela%C3%A7%C3%A3o%20Sist%C3%AAmica%20como%20um%20instrumento,Sist%C3%AAmica%20na%20solu%C3%A7%C3%A3o%20de%20conflitos). Acesso em: 24 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 125 de 29/11/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 29 nov. 2010.

Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 24 out. 2020.

CONSTELAÇÕES sistêmicas. *In*: INSTITUTO Corpo e Alma. Três Lagoas, MG, c2016. Disponível em: <http://www.incorpoalma.com.br/index.php/component/k2/item/48-constelacoes-sistemicas>. Acesso em: 19 maio 2020.

HELLINGER, Bert. **Constelações familiares**: o reconhecimento das ordens do amor. Tradução de Eloisa Giancoli Tironi e Tsuyuko Jino-Spelter. São Paulo: Cultrix, 2007.

MANNÉ, Joy. **As constelações familiares em sua vida diária**. São Paulo: Cultrix, 2008.

MARQUES, José Roberto. **O que é Constelação Sistêmica**. *In*: INSTITUTO Brasileiro de Coaching (IBC). Goiânia, GO, 19 jun. 2019. Disponível em: <https://www.ibccoaching.com.br/portal/o-que-e-constelacao-sistemica/>. Acesso em: 12 jun. 2020.

PAHINS, Silvia. **Constelação familiar**: conheça a terapia que vem transformando vidas. *In*:

EMPREENDA com propósito. Escola de Negócios ECP. Florianópolis, SC, [2020]. Disponível em: <https://empreendacompropósito.com.br/constelacao-familiar-conheca-a-terapia-que-vem-transformando-vidas/#:~:text=O%20principal%20objetivo%20da%20constela%C3%A7%C3%A3o,n%C3%ADveis%20que%20nem%20sequer%20imaginamos>. Acesso em: 30 nov. 2020.



SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de (org.). 1. ed. Brasília, DF: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA/FUB, 2014.

STORCH, Sami. **Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos**. *In*: CONSULTOR jurídico. [Brasil], 20 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em: 24 mar. 2020.

TAKAHASHI, Bruno; ALMEIDA, Daldice Maria Santana de; GABBAY, Daniela Monteiro; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal**. Justiça Federal, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS (TJMG). **Constelação sistêmica é tema de seminário no TJMG**. Assessoria de Comunicação Institucional – Ascom, Minas Gerais, 27 abr. 2018. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/constelacao-sistemica-e-tema-de-seminario-no-tjmg.htm#Xvzo--dv>. Acesso em: 23 maio 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAPÁ (TJAP). Poder Judiciário do Estado do Amapá. **Magistrados do Amapá apresentam práticas de constelação familiar no Workshop de Direito Sistêmico**. Assessoria de Comunicação Social. Macapá, AP, 18 abr. 2018. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/publicacoes/noticias/7451-magistrados-do-amap%C3%A1-apresentam-pr%C3%A1ticas-de-constela%C3%A7%C3%A3o-familiar-no-workshop-de-direito-sist%C3%AAmico.html>. Acesso em: 14 abr. 2020.

VIEIRA, Adhara Campos. **A constelação sistêmica no Judiciário**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. v. 2.

## O ENCARCERAMENTO FEMININO E A SISTEMÁTICA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

**DIANA CRISTINA VIEIRA NOGUEIRA:**  
Bacharelado em Direito pelo do Centro  
Universitário UNA.

**LORRAN NICOLAS PIRES DOS SANTOS<sup>11</sup>**

(coautor)

**RESUMO:** O presente trabalho busca transparecer todos os conflitos enfrentados pelas mulheres nos presídios femininos, principalmente por mulheres grávidas, lactantes e transgêneros, expondo dados quantitativos acerca da situação desse grupo de detentas, bem como analisar a completa falta de empatia para com as presidiárias que sofrem violações sistêmicas de seus direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Analisamos ainda as políticas públicas existentes de acesso à saúde das mulheres encarceradas, considerando o atendimento básico de saúde fornecido pelo Estado. Demonstrando assim, os efeitos danosos tanto moral, como psicológicos que são causados a elas, trazendo falta de esperança e insegurança jurídica.

Palavras-chave: Mulheres, conflitos, empatia, políticas públicas de saúde.

**ABSTRACT:** The present work seeks to clarify all the conflicts faced by women in female prisons, mainly by pregnant women, lactating women and transgender women, exposing quantitative data about the situation of this group of detainees, as well as analyzing the complete lack of empathy for the prisoners who suffer violations of their fundamental rights as provided for in Article 5 of the Federal Constitution. We also analyzed the existing public policies on access to health for incarcerated women, considering the basic health care provided by the State. Thus demonstrating the damaging effects, both moral and psychological, that are caused to them, causing a lack of hope and legal uncertainty.

Keywords: Women, conflicts, empathy, public health policies.

### INTRODUÇÃO

Segundo o INFOPEN de dezembro de 2019, o encarceramento feminino está aumentando. Desde 2016, houve uma queda na quantidade de mulheres presas, nesse período chegaram a ser 41 mil mulheres. Em 2018 de acordo com o Relatório Nacional do Levantamento de Informações Nacional, foram contabilizadas 36,4 mil mulheres e, em dezembro de 2019, aumentou para 37,2 mil mulheres presas. (disponível em:

---

<sup>11</sup> Bacharelado em Direito pelo do Centro Universitário UNA.

<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal>).

Portanto, torna-se assunto de extrema relevância na sociedade brasileira, visto que, estamos lidando com vidas.

Vemos nossa constituição sendo rasgada quando adentramos em um presídio, em especial quando tratamos do presídio feminino, onde são jogadas e esquecidas por todos os poderes do Estado. Mulheres as quais muitas das vezes são deixadas grávidas, com nenhuma assistência médica pré-natal, na qual é de extrema importância.

A problemática exposta é complexa e economicamente custosa, porém, de caráter importante aos olhos da sociedade, vez que ao conseguirem a sua liberdade de volta essas mulheres consigam se inserir no mercado de trabalho e obter uma vida mais benéfica para não ver novamente no crime sua única saída.

Para tanto, será feito uma breve análise histórica e evolutiva do encarceramento feminino, bem como seu surgimento e progresso até o presente momento, esboçando a perspectiva da sociedade perante a criminalidade.

É explícita a discrepância social destas apenadas, podendo visualizar quais são os meios em que vivem, como mostrada no trecho a seguir:

O perfil da mulher presidiária no Brasil é o da mulher com filho, sem estudo formal ou com pouco estudo na escola elementar, pertencente à camada financeiramente hipossuficiente e que, na época do crime, encontrava-se desempregada ou subempregada. Em geral, 20.756 das mulheres criminosas são negras ou pardas, enquanto apenas 9.318 são brancas (MACEDO, 2010), num universo em que a população negra ou parda é de 91 e a branca de 92 milhões de pessoas, no Brasil. (SEADE, 2011).

## **1. DA HISTÓRIA DO ENCARCERAMENTO**

A sociedade por si só se encontra em conflito desde sua criação, com isso, o Direito veio como base para uma sociedade madura e pensante, sendo este usado para controle de uma população. Sendo usado como prevenção, ou seja, uma forma de criminalizar/punir comportamentos não aceitos na sociedade. Tal punição é subjetiva, sendo ela aplicada de formas diferentes de acordo com a sociedade que se encontram.

Colocando em prática alguns Códigos já criados desde os primórdios da sociedade temos: Lei de Talião na Mesopotâmia; Código de Manu na China; Avesta na Pérsia, dentre outros.

Trazendo para o presente, e já no ordenamento jurídico brasileiro, buscamos entender como tais punições influenciaram penitenciárias femininas:

Na década de 1940/1941 na cidade de São Paulo, em meio ao processo de formação da metrópole paulistana, fora sediada a primeira penitenciária feminina no Brasil, permanecendo por mais de três décadas sob a coordenação de um grupo religioso, chamado de Congregação de Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor. (PAIXÃO, 2017, disponível na revista USP: <https://paineira.usp.br/aun/index.php/2017/10/02/primeira-penitenciaria-feminina-do-brasil-era-administrada-pela-igreja-catolica/>).

As detentas do local eram designadas a fazerem tarefas "domésticas", tais como, lavar, passar, cozinhar, limpar e afins, sendo também incentivadas a fazerem trabalhos manuais, costuras, artesanatos e bordados como uma forma de punição para que elas não repetissem os crimes que haviam cometido, porém estes trabalhos eram vistos como forma de lazer entre as detentas.

No início da década de 1940 eram apenas 7 mulheres, assim com o tempo novas penitenciárias femininas foram surgindo ao redor de todo território brasileiro, sendo a primeira norma legal determinada pelo Código Penal e pelo Código de Processo Penal, ambos de 1940, e pela Lei das Contravenções Penais, de 1941 e desta forma no 2º parágrafo, do Art. 29, do Código Penal de 1940, foi determinado que "as mulheres cumpram pena em estabelecimento especial, ou, à falta, em secção adequada de penitenciária ou prisão comum, ficando sujeitas a trabalho interno".

Com o passar dos anos a criminalidade feminina foi aumentando, a maioria das presas havia sido incentivadas a ingressarem no tráfico de drogas por seus companheiros, ou também pela condição precária em que se encontravam, salientando-se que a maioria possuía filhos menores para cuidar, eram analfabetas sem nem mesmo completar o ensino básico, além disso, contava com uma população majoritariamente negra ou mestiça.

Assim, as maiorias dos estabelecimentos penais passaram a ser mistos, contavam com área masculina e feminina, sendo adaptado com alas e celas para mulheres, todavia, não há qualquer tipo de tratamento voltado para a ressocialização das detentas como havia antigamente, além de não existirem para as mães, creches ou berçários para seus filhos, demonstrando assim uma falha no sistema prisional feminino brasileiro que fere o princípio da dignidade da pessoa humana que trata de resguardar os direitos que devem ser preservados, assim como versa o inciso III da CF/88:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união

indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

III – a dignidade da pessoa humana.

A percepção histórica do aprisionamento feminino no Brasil se dá por dogmas religiosos e morais, sendo eles pautados pela religiosidade e, principalmente, o machismo enraizado na sociedade. Lemos de Brito foi o desenvolvedor da entidade prisional feminina, sendo este, autor de um emaranhado de bibliografias sobre o sistema prisional, conforme citado no livro de Soares e Ilgenfritz:

Lemos de Brito foi encarregado, no começo de 1923, pelo então ministro da Justiça João Alves, a elaborar um projeto de reforma penitenciária. Para tanto, percorreu o país visitando todas as prisões e ofereceu um plano geral, em 1924, no qual aconselhou a União a construir um “reformatório especial” (em pavilhão completamente isolado) não somente para as mulheres condenadas há mais de três anos do Distrito Federal, mas às que forem remetidas pelos estados. Cabe observar que Lemos de Brito não sugeriu a construção de uma prisão nos moldes tradicionais da época, ou seja, não se pautou pelo modelo das prisões masculinas. Ele propôs, ao invés disso, a construção de um reformatório especial, com o que indicava a necessidade de um tratamento específico para a mulher por parte do Sistema Penitenciário. (SOARES E ILGENFRITZ, 2002, p. 53).

Estruturação feita com o intuito de separar homens e mulheres, buscando apenas o bom convívio no presídio e não o bem-estar dos que ali residiam. A sociedade machista moldou o caráter da pena dessas mulheres, caracterizando essas prisões muito mais por um juízo moral e religioso do que com o intuito de reabilitá-las para a vida em sociedade.

## **2. DIGNIDADE HUMANA DA MULHER ENCARCERADA**

O direito à dignidade da pessoa humana é a “[...] qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada. É reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente” (MODESTI, 2013, p. 65).

A dignidade humana, em decorrência dos direitos humanos, é nada mais que a proteção mais aclamada no sistema prisional, vez que:

“tal princípio impõe respeito aos direitos humanos, no que se refere a mulher encarcerada, limitando o poder estatal, utilizando meios que respeitem o ser humano e não flagrantes violações aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos” (MODESTI, 2013, p. 62).

A grande calamidade do Estado brasileiro é, sem dúvidas, o sistema prisional, principalmente quando analisados os dados referentes às mulheres encarceradas e a violação da sua dignidade. Não há como esperar classificação diversa quando se tem, em níveis mundiais, a quarta maior população carcerária feminina, contando com aproximadamente 42.355 presas e quando se ocupa a posição de terceiro país que mais prende mulheres.

Esse fator evidencia o problema estrutural, funcional e jurídico do sistema, o qual se necessita de atenção do poder público para ser amenizado. Estrutural, porque as celas onde ficam as presas, em sua maioria, são predominantemente escuras, sem acesso à luz solar, úmidas e com pouca ventilação, fator que facilita a disseminação de doenças, principalmente as infecciosas e virais. Funcional, pela falta de servidores para atender a demanda de serviços de segurança. Jurídico, pois as condições de vida dentro da prisão violam, diretamente, os direitos fundamentais das presas.

As mulheres encarceradas, acabam sendo expostas a estas condições e riscos desumanos. O clima existente nas prisões, é de superlotação e ociosidade que, acrescidas da falta de água, luz e local apropriado para fazer as necessidades biológicas, obrigam as presas a conviverem com lama, fezes, ratos e outras presas. A atenção à dignidade da mulher presa, compreende-se no respeito, reconhecimento e proteção, é preciso compreender que a presa não está privada da sua dignidade, apenas está da sua liberdade e, por esta condição precisa de proteção e garantias. A proteção nestes casos, deve emanar diretamente do poder público, contudo é manifesta a inexistência específica de “[...] políticas públicas que levem em conta a mulher encarcerada como sujeito de direitos inerentes à sua condição de pessoa humana e, particularmente às suas especificidades, advindas da questão de gênero” (MODESTI, 2013, p. 211).

### **3. DO SISTEMA PRISIONAL NO CUMPRIMENTO DE PENA FEMININO**

Os primeiros sinais de crimes femininos surgiram por volta do século XI, onde por sua vez acreditavam que seriam criminosas as mulheres que praticavam bruxarias e prostituição. Na época, isso era algo oposto ao papel da mulher, sendo que este papel era de se dedicar à família, ao lar e ser submissa ao marido. Diante disso, surge ao longo dos anos o perfil social da mulher apenada, onde se encontra a maior parte delas com baixo nível de estudo; desempregada; social econômico baixo; separadas ou solteiras, além de serem sendo chantageadas e submetidas a assumirem os crimes de seus parceiros no

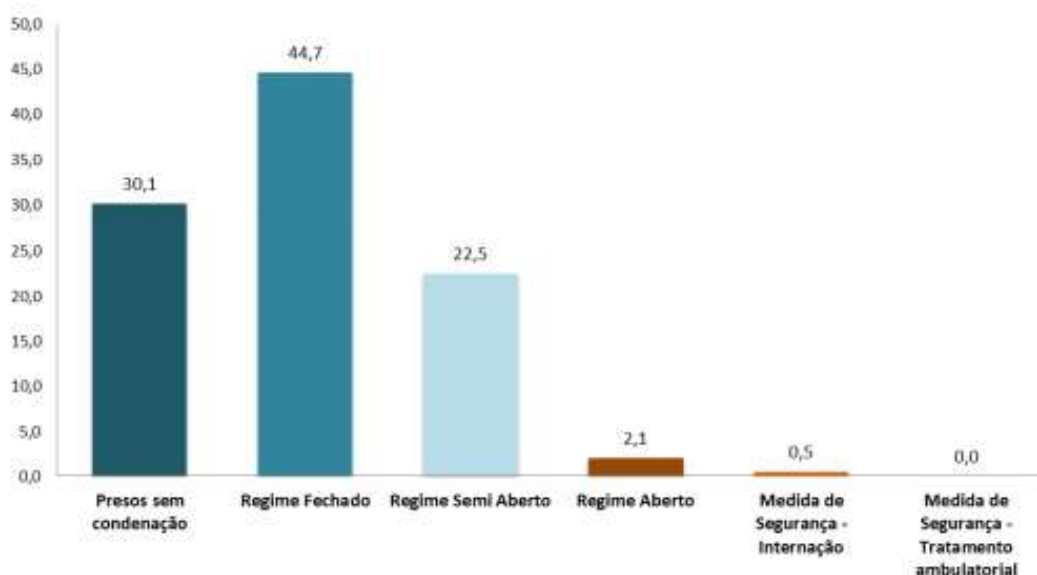
tráfico de drogas. (Levantamento de informações penitenciárias – INFOPEN MULHERES, 2014).

No Brasil, atualmente existem três tipos de penas adotadas disposto em seu artigo 59 do Código Penal: pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos e multa, onde cabe à particularidade de cada crime cometido, sendo dos mais brandos aos hediondos, seus regimes: fechados, abertos e semiabertos, todos eles consistem em suas disciplinas e regras, tanto para homens quanto para mulheres, onde cada um tem sua peculiaridade para a aplicação adequada e com o passar do tempo e o comportamento, poderá receber a benesse ou o malefício da mudança de regime seja para melhorar ou piorar da sua condição.

Diante disso, baseado em dados a seguir do INFOPEN de junho de 2014, a análise demonstra que, a maior parte das apenadas são em regimes fechados, a figura abaixo mostra que em 2014 eram de 11.269 custodiadas no sistema prisional brasileiro sem condenação, que equivale de 3 em cada 10 mulheres presas. Embora, seja alta essa participação é sensivelmente menor do que a taxa nacional de pessoas privadas de liberdade sem condenação, que atinge a marca de 41%. A figura demonstra, ainda, que a maior parte das mulheres (45%) estava cumprindo pena em regime fechado.

Salienta-se que a figura, dispõe de um percentual de mulheres presas quanto à natureza da prisão e ao tipo de regime.

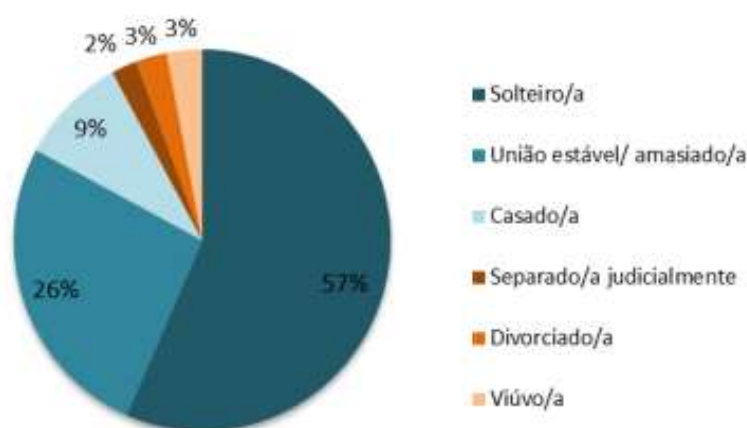
Mulheres privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime de junho de 2014.



Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

Como dito acima, a maior parte das apenadas se dão por mulheres solteiras, onde muitas delas assumem o risco de cometer ato ilícito para que possam "melhorar" de vida, acabam se sentindo na obrigação por serem mães solteiras, na maioria negra, e sem escolaridade, se veem em um mundo onde o crime e o dinheiro mais fácil é o caminho mais rápido e melhor para que possam ter uma vida "digna".

Dados do INFOPEN detalham minuciosamente como são distribuídas as particularidades entre crimes e por estado civil.



Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

Distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade de junho de 2014.





Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

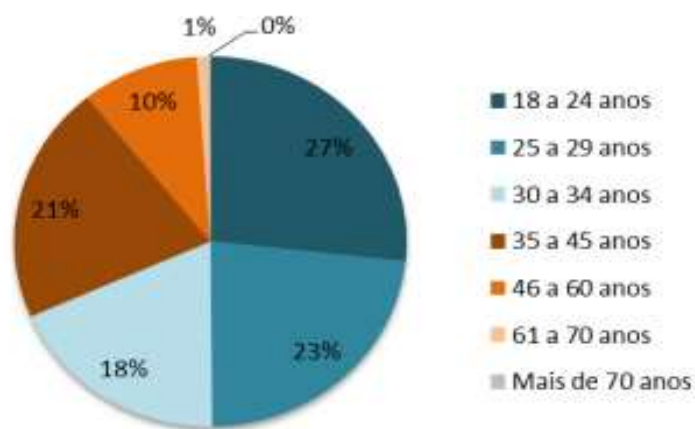
Para tanto, não houve uma estruturação do sistema prisional, e nem uma preocupação com a mulher apenada e nem para com a família.

Segundo Aramis Nassif, o legislador da reforma penal de 1984:

Na realidade, garantiu um tratamento diferenciado para a mulher que parecia viável e socialmente adequado ao seu momento histórico. A mulher, desta época, mantinha a quase exclusividade das lides domésticas e, especialmente, do cuidado e criação dos filhos, enquanto ao homem era reservada a função de mantedor e provedor do lar. Contudo, atualmente tem-se a participação em grande número de mulheres na criminalidade. (NASSIF, 2005, p. 93).

#### 4. DO PERFIL DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA FEMININA

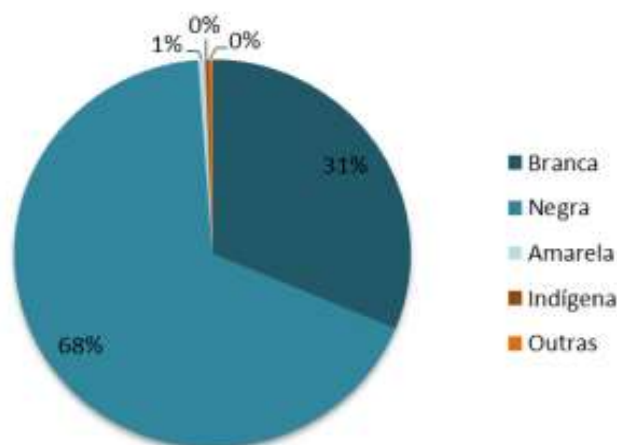
O perfil dessas mulheres encarceradas engloba diferentes aspectos, permitindo um entendimento de vulnerabilidade social, vindo a destacar suas origens conturbadas. A imagem a seguir diz respeito à faixa etária das presidiárias, entre 18 e mais de 70 anos, mostrando o preocupante índice de 50% de mulheres entre 18 e 29 anos que são maioria nos presídios.



Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

As jovens entre 18 e 34 anos se tornam maioria no infográfico, expressando a vulnerabilidade dessas mulheres no meio na criminalidade, sendo que estas mulheres neste período estariam se inserindo no mercado de trabalho.

O gráfico a seguir refere-se à raça, cor ou etnia, destacando a população negra, que é uma maioria esmagadora de 68%, ou seja, duas em cada três presas são negras.



Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça

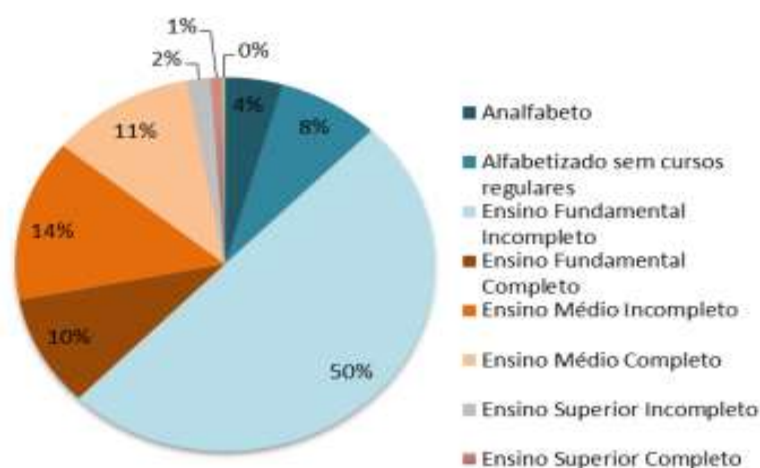
Segundo estudo do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITCC), em seu estudo de 2019 intitulado, como "Mulheres em prisão: enfrentando a (in) visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal", mostrando o encarceramento seletivo diante destas. Onde, de acordo com os dados, 68% das mulheres encarceradas são negras, 57% são solteiras, 50% têm apenas o ensino fundamental e 50% têm entre 18 e 29 anos.

Ademais, salientando outro importante estudo, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias/ Infopen Mulheres, onde:

“entre 2000 e 2014, a população carcerária feminina cresceu 567,4%, no Brasil. O ITCC afirma que essas mulheres, que estão à espera de julgamento ou estão condenadas, têm seus direitos violados diariamente e vive uma vida dolorosa, pois, além de estarem excluídas da sociedade, sofrem por estarem longe dos filhos e familiares”.

Sabe-se que o perfil da mulher presa brasileira, em geral, é de uma mulher jovem, solteira, com pouca ou baixa escolaridade, afrodescendente, com filhos e que se envolveu no tráfico de drogas (INFOPEN, 2012).

Quanto ao nível de escolaridade destas apripionadas, é bastante inferior à população brasileira, reafirmando ainda mais a situação de risco que se encontram.



Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

#### 4.1 Das grávidas

Diante da breve análise dos tópicos anteriores, podemos observar que a problemática dos presídios femininos para com as detentas, vem se destacando por serem muitas das vezes esquecidas e isoladas por membros da própria família, ignoradas pela justiça e menosprezadas pela sociedade. Não obstante disso, as grávidas sofrem bastante com essa falha do encarceramento nos presídios e da violação perante os direitos humanos. De acordo com um levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgado em janeiro de 2018 no jornal “O Globo”, cerca de 662 mulheres estão grávidas ou amamentando no cárcere. Segundo dados referentes a 31 de dezembro de 2017, do total, 373 estão grávidas e 249 amamentam seu filho num ambiente impróprio, muitas vezes sem assistência médica adequada e com condições de saúde precárias.

As mulheres e seus filhos já começam a ter seus direitos violados na gestação, uma vez que não se faz existente um local apropriado para que se possa manter um recém-nascido, ou uma criança bem acolhida e saudável com condições em que qualquer cidadão merece ter. Dentro dos presídios há relatos das próprias detentas contando como funciona o sistema:

"Fui presa no sábado, grávida ainda. Quando cheguei à delegacia, já estava com dor. Dormi lá no chão. Com o nervosismo por estar naquele lugar, no fedor, com bichos, só piorou. Acabei entrando em trabalho de parto com ele. Pediram para eu ter calma, não ter filho naquela hora".

Essa é a história de Jéssica Monteiro, de 24 anos. Acusada de tráfico de drogas, após a Polícia Militar invadir a ocupação onde vivia e encontrar 90g de maconha, foi detida mesmo prestes a completar o nono mês de gestação. Entrou em trabalho de parto na delegacia na mesma madrugada, foi levada ao hospital, e depois voltou para a cela suja, junto ao seu recém-nascido, o pequeno Enrico. (JULIA DOLCE, Brasil De Fato).

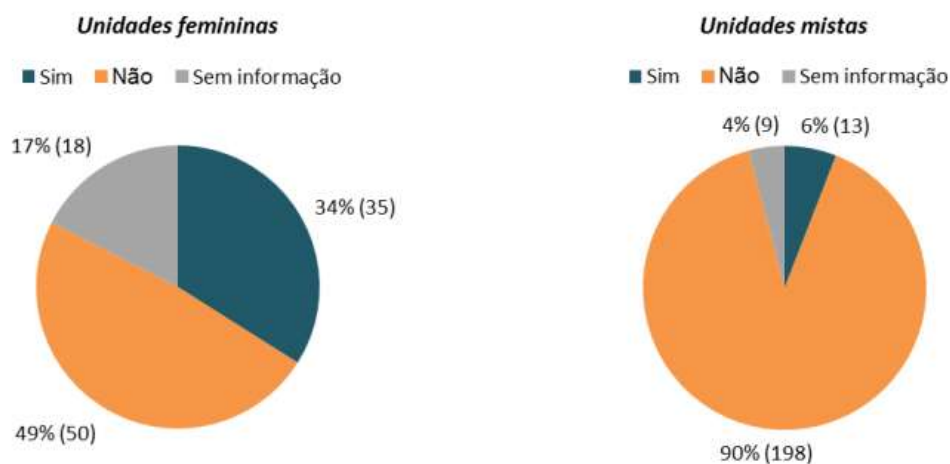
Salienta-se que neste relato, a ré, que tanto foi humilhada e exposta de maneira tão cruel e suja, motivou o Supremo tribunal Federal a uma decisão histórica, onde presas gestantes, com filhos de até 12 anos ou com deficiência sob guarda, ingressassem com Habeas Corpus coletivo para que todas elas com prisão provisória pudessem converter para a pena domiciliar.

Baseia-se que dispostos na Lei de Execução Penal, as mulheres grávidas terão seus direitos assegurados, como expresso nas seguintes palavras:

A lei da Execução Penal de nº 7.210 de 11 de julho de 1984 dispõe em seu artigo 14 § 3º, será assegurada para as detentas acompanhamento médico na gestação durante o pré-natal e também ao pós-parto, e extensivo ao recém-nascido.

Porém, não é bem assim que acontece, no Brasil o sistema prisional é relativamente atrasado, diante de inúmeras falhas, vem violando a dignidade da pessoa humana, as penitenciárias não conseguem comportar as detentas de forma decente, sempre faltam vários kits, principalmente de higiene, como absorventes e métodos contraceptivos, além da falta de médicos nas funções de ginecologistas e obstetras, para que possam ter um acompanhamento coerente para com as mulheres, sendo elas também gestantes e lactantes.

Os dados abaixo do INFOPEN de 2014 detalham como vivem as gestantes nos presídios no Brasil, apenas 34% das gestantes em unidades femininas têm celas adequadas para gestantes, e em unidades mistas apenas 6%.



Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

Ou seja, com a quantidade de grávidas detentas no Brasil, o sistema prisional acaba sendo ineficiente e defasado para comportá-las, deixando as em situações vulneráveis e totalmente expostas a riscos para com elas e também com seus filhos.

## 4.2 Das lactantes

Se já não bastasse toda a problemática expressa em torno do encarceramento feminino, temos mulheres que sofrem ainda mais com a degradação do tratamento. Além de suportarem o ambiente degradante e insalubre, este fardo é ainda mais pesado após a gravidez.

A Carta Magna, em seu art. 5º, inciso L, aborda o tema da amamentação, garantindo que as detentas possam permanecer com seus filhos durante o período. O inciso XLV do art. 5º da CF também tem uma forte ligação com o tema da maternidade no cárcere, visto que institui o princípio da personalidade, dizendo que a pena "não pode passar da pessoa do condenado".

A Lei nº 7.210/84, mais conhecida como Lei de Execução Penal em seu art. 83. §2º, onde é expresso "que os estabelecimentos penais femininos devem contar com berçário em sua estrutura para que as mulheres possam amamentar e conviver com seus filhos pequenos até, no mínimo, os seis meses de idade". Estipulando, assim, um tempo de permanência do recém-nascido na prisão, sendo este de seis meses.

Tal assunto é reiterado no art. 89 da LEP, onde está expresso os seguintes dizeres:

“Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa”.

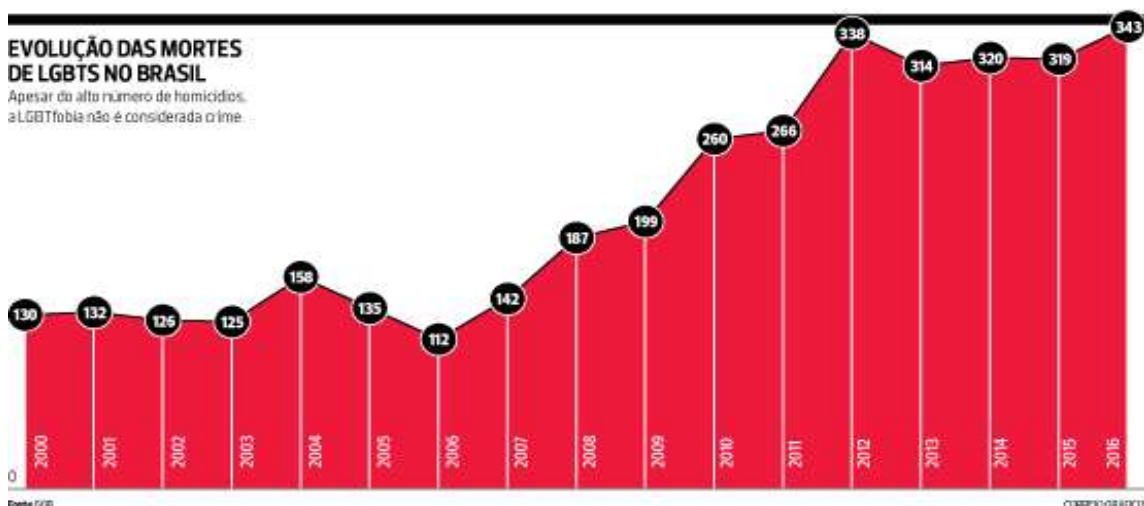
Concluimos que o leite materno é o alimento primordial para o crescimento e desenvolvimento de uma criança, sendo também por meio da amamentação que se efetiva o vínculo entre mãe-filho.

O direito a amamentar é cabível a mulher em qualquer situação, mesmo esta se encontrando privada de sua liberdade. Corroborando para que isso de fato torne-se possível, existe o arcabouço jurídico constitucional e infraconstitucional que preza pela efetividade dessa ação, muito embora a realidade mostre incoerência quanto à garantia das peculiaridades acerca da digna amamentação no sistema prisional.

## 5. O CUMPRIMENTO DE PENAS DAS MULHERES TRANSGÊNERO

O Supremo Tribunal Federal na ADPF 527/2019 determinou que as detentas transexuais/travestis, ou seja, pessoas com identidade de gênero feminino podem optar pelo cumprimento da pena em presídio feminino ou masculino. Sendo que se optarem pela escolha do presídio masculino, essas devem ser mantidas em áreas reservadas, com garantia de sua segurança.

Salientando que o Brasil é o país com o maior índice de violência contra a população LGBT, números que vem crescendo a cada ano. O autor Jorge Gauthier em 2017 escreveu para revista Correio24Horas sobre o recorde em 2016, referente ao número de mortes LGBTs, como mostrado no gráfico a seguir:



Os presídios são reflexos do que vemos em sociedade, ou seja, se nosso país é um dos maíus violentos contra a população LGBT, dentro dos presídios não será diferente. Sendo abordado em ampla esfera filosófica e doutrinaria onde o cárcere “serve de dispositivo de legitimação, para o senso comum, do status quo que lhes conferem o lugar da pervertida, da marginal, da obscena, da ladra”. (AGUINSKY; FERREIRA; CIPRIANI, 2014, p. 302).

## **6. CONCLUSÃO**

O presente trabalho teve como objetivo analisar o encarceramento feminino como um todo, salientando a violação dos direitos garantidos pela legislação brasileira, além de expor dados reais acerca do tema.

Percebe-se que a raiz do problema tem como base causas sociais, vez que a pena além de punir, dar segurança e servir de exemplo para a sociedade, tem outro papel importantíssimo, qual seja, ressocializar o indivíduo. E o Estado deve se preocupar e investir nisso, para que ao longo do cumprimento da pena, aquele indivíduo saia da penitenciária com outra visão do mundo, disposto a ser uma pessoa de bem e não voltar mais para o mundo do crime, mas como abordamos acima, não é isso que acontece.

Abordamos ainda, sobre a importância da atenção específica que a mulher infratora requer para as suas necessidades de saúde física, mental e social voltada para a sua efetiva reabilitação, que não prescinde de programas e serviços harmônicos com as situações inerentes ao gênero feminino.

A relevância social deste estudo é clara no sentido de rever o papel da mulher no sistema prisional brasileiro, sua vida e suas angústias, principalmente se esta detenta for mãe. A angústia referente à saída da prisão, à falta de emprego e o preconceito aos quais as presidiárias estarão expostas.

Por fim, aclaramos que atualmente o acompanhamento oferecido às egressas é mínimo e insuficiente, parece bastante claro que programas e projetos bem planejados que permitam a continuidade da profissionalização, a readaptação social efetiva, gradual e satisfatória, reduzindo a reincidência no crime, acreditando que o investimento nas estruturas do presídio não é suficiente para que possam viver de forma digna fora delas.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS**

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)

PRIMEIRA PENITENCIÁRIA FEMININA DO BRASIL ERA ADMINISTRADA PELA IGREJA

CATÓLICA, disponível em:  
<http://aun.webhostusp.sti.usp.br/index.php/2017/10/02/primeira-penitenciaria-feminina-do-brasil-era-administrada-pela-igreja-catolica/>

ENCARCERAMENTO: CEGUEIRA E INDIFERENÇA DA VULNERABILIDADE E DA DESIGUALDADE DE GÊNERO NA LEI DE DROGAS, disponível em:  
<https://jus.com.br/artigos/31986/encarceramento-cegueira-e-indiferenca-da-vulnerabilidade-e-da-desigualdade-de-genero-na-lei-de-drogas/2>

MULHERES, TRÁFICO DE DROGAS E SUA MAIOR VULNERABILIDADE: SÉRIE MULHER E CRIME, disponível em:  
<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814131/mulheres-trafico-de-drogas-e-sua-maior-vulnerabilidade-serie-mulher-e-crime>

MULHERES ENCARCERADAS: NÍVEL DE ESCOLARIDADE E MOTIVOS PARA TEREM EVADIDO DA ESCOLA, disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/fazciencia/article/view/9145>

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIARIAS - INFOPEN MULHERES de 2014, disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>

A EVOLUÇÃO DAS PENAS NO BRASIL, COM ENFOQUE NOS REGIMES CARCERÁRIOS, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71627/a-evolucao-das-penas-no-brasil-com-enfoque-nos-regi-mes-carcerarios>

REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENAS NO DIREITO BRASILEIRO, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55805/regime-de-cumprimento-de-penas-no-direito-brasileiro>  
#:~:text=Deve%2Dse%20observar%20que%2C%20se,favor%20a%20an%C3%A1lise%20das%20circunst%C3%A2ncias

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES GRAVIDAS NO CARCERE, disponível em: <http://www.justificando.com/2018/08/27/a-violacao-dos-direitos-humanos-das-mulheres-gravidas-no-carcere/>

DIREITO DE LACTANTES PRESAS À AMAMENTAÇÃO, disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-5/amamentacao-em-presidios/>

PARÁGRAFO 3 ARTIGO 14 DA LEI Nº 7.210 DE 11 DE JULHO DE 1984, disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11702151/paragrafo-3-artigo-14-da-lei-n-7210-de-11-de-julho-de-1984>



TRANSEXUAIS E TRAVESTIS COM IDENTIFICAÇÃO COM GÊNERO FEMININO PODERÃO OPTAR POR CUMPRIR PENA EM PRESÍDIO FEMININO OU MASCULINO, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462679&ori=1>

NÚMERO DE MORTES DE LGBTS BATE RECORDE EM 2016 NO BRASIL, disponível em: <https://blogs.correio24horas.com.br/mesalte/numero-de-mortes-de-lgbts-bate-recorde-em-2016-bahia-teve-32-homicidios/>

MÃES ENCARCERADAS | RELATOS DE VIOLAÇÕES E DIFICULDADES VIVIDAS POR ESSAS MULHERES, disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/especiais/maes-encarceradas-or-relatos-de-violacoes-e-dificuldades-vividas-por-essas-mulheres>

STF AUTORIZA PRISÃO DOMICILIAR PARA GRÁVIDAS E MÃES, disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/stf-autoriza-prisao-domiciliar-para-gravidas-maes-22416003>

A GRAVIDEZ NO CÁRCERE BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA PENITENCIÁRIA FEMININA, disponível em: <file:///C:/Users/chisley/Downloads/571-Texto%20do%20artigo-2076-2-10-20110526.pdf>

68% DAS MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL SÃO NEGRAS, disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/68-das-mulheres-encarceradas-no-brasil-sao-negras-aponta-estudo/>

A MULHER NO CÁRCERE: UMA ANÁLISE DO SISTEMA PRISIONAL FEMININO NO BRASIL, disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/6130/1/EASouza.pdf>

BRASIL. Ministério Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres – 2018, disponível em: [https://www.gov.br/depen/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](https://www.gov.br/depen/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf)

DELZIOVO, Carmem Regina; OLIVEIRA, Caroline Schweitzer de; JESUS, Luciana Oliveira de; COELHO, Elza Berger Salema. Atenção à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade, disponível em: [https://ares.unasus.gov.br/acervo/bitstream/handle/ARES/7427/Saude\\_Mulher.pdf?sequence=1](https://ares.unasus.gov.br/acervo/bitstream/handle/ARES/7427/Saude_Mulher.pdf?sequence=1)

## **ISOLADA EM CASA COM O AGRESSOR: REFLEXO DO AUMENTO DE CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA IMPOSTO PELA PANDEMIA DE COVID-19.**

**CAROLINA PREVEDELLO CRUZ:**  
Bacharelanda em Direito na  
Universidade de Gurupi UnirG.

**ANA PAULA DA SILVA**<sup>12</sup>

(orientadora)

**Resumo:** A presente pesquisa discorre sobre a forma como o isolamento social ocasionado pela pandemia do novo coronavírus (COVID-19) trouxe de forma acelerada o aumento dos casos de violência doméstica contra a mulher em âmbito nacional, com ênfase principalmente no aumento de casos de Femicídios. Nesse aspecto, tem-se com o isolamento social inúmeras desvantagens, uma vez que, por meio da convivência forçada, começam a surgir problemas geradores de estresse no meio familiar. Por isso há necessidade de um olhar mais elevado para tal temática, em face do significativo aumento dos casos de violência doméstica e todas as suas implicações trágicas. Por conseguinte, o estudo tem como finalidade avaliar os índices de violência doméstica no cenário atual, mostrando a importância de ter uma melhor aplicação da lei e fortificação de políticas públicas, a fim de que as vítimas tenham o máximo de auxílio.

**Palavras-chave:** Violência Doméstica. Covid-19. Processo Penal. Lei 11.340. Lei 14.022/20.

**Abstract:** The present research discusses how the social isolation caused by the pandemic of the new coronavirus (COVID-19) brought about an accelerated increase in the cases of domestic violence against women nationwide, with an emphasis mainly on the increase in cases of Femicide. In this aspect, there are countless disadvantages with social isolation, since, through forced coexistence, problems that generate stress in the family environment begin to emerge. For this reason, there is a need for a higher look at this theme, in view of the significant increase in cases of domestic violence and all its tragic implications. Therefore, the study aims to assess the rates of domestic violence in the current scenario, showing the importance of having better law enforcement and strengthening public policies, so that the victims have the maximum assistance.

**Keywords:** Domestic violence. Covid-19. Criminal proceedings. Law 11.340. Law 14,022 / 20.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Violência contra mulher e a pandemia. 3. Pandemia: Isolamento Social e riscos dentro do próprio lar. 4. O tempo e a força do isolamento podem levar o

---

<sup>12</sup> Professora no curso de Direito da Universidade UNIRG.

*aumento de conflitos?. 5. Comparativo do aumento de casos de Violência doméstica do Estado do Tocantins com outros estados. 6. Foi feito algo para conter a violência doméstica contra a mulher?. 7. Considerações Finais. Referências*

## **INTRODUÇÃO**

No final do ano de 2019, na China, foi descoberto o vírus responsável pela doença Sars-Covid-19, a qual provocou uma pandemia pelo mundo todo, ocasionando então o isolamento social. Junto a isso, indicadores da violência contra a mulher passaram a mostrar o impacto do isolamento social como potencializador do aumento da violência física ou violência sexual contra a mulher em todo território nacional.

Diante disso, a violência doméstica contra a mulher passou a ser um tema no epicentro dos debates promovidos por especialistas da segurança e saúde pública, com foco a despertar a sociedade brasileira acerca do assunto. Com a importância do isolamento social, as vítimas ficaram ainda mais vulneráveis e sujeitas a riscos dentro de suas próprias casas, pois tiveram de conviver com seus agressores 24 horas por dia, conforme mostram os dados da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH), do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), em que se comprova o agravamento da violência contra a mulher.

Tal confinamento acarreta diversas consequências graves às vítimas e faz com que os estresses familiares decorrentes de conflitos domésticos, que já eram presentes antes da pandemia, aumentassem drasticamente pelo convívio integral junto de seus agressores.

No Estado do Tocantins evidenciou-se um aumento em algumas cidades, como por exemplo Araguaína, em que a Defensoria Pública registrou em julho de 2020 um aumento de 143% - no comparativo a julho de 2019 – de vítimas que buscaram ajuda em decorrência de violência no âmbito doméstico e que estavam sofrendo em isolamento.

Embora o Estado do Tocantins tenha sofrido uma queda em âmbito total e um aumento em âmbito parcial, esse momento de maior convívio com o agressor, associado a problemas econômicos, uso de bebida alcoólica e outros tantos, preocupam bastante a situação da vítima no cenário em que se encontra o país.

Além do isolamento aumentar os problemas familiares, houve certa ausência do Estado em acompanhar e amparar as vítimas, pois a sua maior preocupação até então está ligada ao combate ao novo coronavírus, deixando um pouco distante esse outro lado, o qual não pode de nenhuma maneira ser esquecido, uma vez que aqui se lida com sérios riscos, inclusive letais. Porém, o Estado apenas recomenda serviços para o enfrentamento à violência contra a mulher nos Centros de Referências Especializados de Assistências

Sociais (CREAS), considerados como “porta de entrada para os atendimentos às famílias e aos indivíduos em situação de risco pessoal”.

Neste tocante, o presente artigo propõe mostrar pesquisas e índices sobre o aumento significativo de violência doméstica contra a mulher e a forma como as vítimas estão tendo que lidar no isolamento com seus agressores em decorrência da pandemia, mostrando de forma clara e eficiente uma análise comparativa até onde o isolamento social influenciou para o aumento nos casos de violência doméstica contra a mulher no Estado do Tocantins, em comparativo com outros estados do país.

## **2 VIOLÊNCIA CONTRA MULHER E A PANDEMIA**

O Coronavírus (SARS- CoV2 causador da Coronavírus Disease – COVID-19) surgiu na China, mais precisamente na cidade de Wuhan, no ano de 2019, onde lá houve alarmantes casos de enfermidades e óbitos por conta da doença respiratória. A doença possui uma grande facilidade de transmissão entre uma pessoa para outra, através de gotículas respiratórias e que ao tocar nos olhos, nariz ou boca, pode acarretar a contaminação. Os idosos e pessoas que possuem doenças crônicas, como diabetes, pressão alta ou qualquer outro tipo de enfermidade, são do grupo de risco. Milhares de pessoas já contraíram o vírus e muitas infelizmente não resistiram.

No Brasil, segundo o Repositório de dados COVID-19 pelo Centro de Ciência e Engenharia de Sistemas da Universidade Johns Hopkins, (CSSE, 2021) atualmente foi verificado cerca de 14,4 milhões de casos, onde desse total 12,5 milhões de pessoas conseguiram se recuperar e 384 mil vieram a óbito (índices atualizados até 23 de abril de 2021).

Depois de descoberto o vírus, o mundo teve que encontrar alguma forma rápida para tentar evitar ao máximo o contágio, até que uma vacina fosse criada. Estudos comprovaram cientificamente que o isolamento social é uma estratégia que se mostrou muito eficaz para evitar a propagação do vírus. O professor do Instituto de Química da Universidade do Rio de Janeiro, Eduardo Lima, confirmou que com o isolamento social os casos que antes vinham só crescendo abaixaram de forma significativa, fazendo, ainda, uma comparação da Região Sul do Brasil, onde as pessoas respeitaram o isolamento e com isso houve um retrocesso da doença, com a Região Norte, onde a população não respeitou o isolamento de forma satisfatória, a exemplo de Manaus, a qual passou por uma preocupante situação por conta de não seguir à risca o isolamento social (UERJ, 2020).

Embora existam muitas medidas para evitar a contaminação, o isolamento social foi uma das mais eficazes, entretanto, tal medida modificou bastante as formas de funcionamento da sociedade, evidenciando problemas já existentes, tendo como exemplo a violência contra a mulher.

A começar é impetuoso fazer um breve relato sobre o que de fato é a Violência contra a mulher. A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que mostra as formas de abster-se a violência doméstica e familiar contra a mulher, define os diversos tipos de violência, demarcando-os em cinco esferas: físico, patrimonial, sexual, moral e psicológico.

O sofrimento físico que a mulher vem a sofrer caracteriza-se na violência em seu próprio corpo, como exemplo, tapas, beliscões, chutes, queimaduras, empurrões, murros e vários outros mais; violência moral caracteriza a ruína de bens da mulher, sendo eles materiais, objetos; violência sexual advém quando o agressor força a vítima, por meio de comportamento que a obrigue a presenciar, manter ou participar de relação sexual não almejada; violência moral caracteriza comportamentos que se referem a calúnia, difamação ou injúria. Por fim, a violência psicológica ou emocional tem difícil diagnóstico, pois ela chega de forma silenciosa, ocasionando danos emocionais grandiosos, como sendo humilhações, desrespeito, desvalorização, constrangimentos, ameaças, tudo que cause prejuízo a saúde psicológica.

Ao perpetrar pelas extensas pesquisas verifica-se que o tema violência contra a mulher vem sendo cada vez mais discutido e tendo muita repercussão, principalmente por possuir inúmeros e diferentes casos de violência. Porquanto a pandemia se tornou ponto crucial para justificar o aumento significativo dos casos de violência, afetando ainda mais distintos grupos de pessoas, como o caso de mulheres e adolescentes, onde seu próprio lar, ponto de refúgio do novo vírus, se tornou um obstáculo a ser enfrentado, no lugar que teria de ser de proteção perante o caos que o mundo vive atualmente.

Os números mostram que a pandemia está apresentando resultados econômicos e sociais alarmantes para as mulheres, podendo, inclusive, tomar direção contrária ao alcance positivo sobre a igualdade de gênero, atingindo diretamente os direitos alcançados para as mulheres.

A ONU relata que a pandemia de uma forma geral prejudicou muito mais as mulheres do que os homens, as quais sofreram com a perda de seus empregos e sua renda durante a pandemia.

ONU – organização das nações Unidas, 2021, expõe:

[...] as mulheres tendem a receber salários mais baixos, quando são pagas, e muitas vezes carecem de proteção social e redes de segurança. Muitas trabalhadoras são a maioria em setores afetados pelo confinamento social como saúde e hospitalidade. Elas também assumiram uma parcela maior do trabalho não remunerado,

foram mais lançadas para fora do mercado e enfrentaram uma onda de violência doméstica.

Com isso é patente as desvantagens do isolamento na pandemia e seu reflexo vai muito além, alcançando diversas áreas e introduz em uma delas uma problemática muito difícil de se resolver perante tantos outros problemas: o aumento significativo dos casos de violência contra a mulher, onde trouxe e traz grande preocupação. Aliás, tal tema é de tamanha relevância, pois acarreta uma comparação grotesca dos dois lados a serem protegidos e resguardados em um ponto comum: a vida. A mulher encontra-se em duas situações complicadas, pois ao se deparar com a pandemia tende a seguir a recomendação do isolamento em seu lar, mas ao segui-la se depara com outro problema, o perigo de ter que ficar isolada integralmente com o seu agressor.

### **3 PANDEMIA: ISOLAMENTO SOCIAL E RISCOS DENTRO DO PRÓPRIO LAR**

Com o início da pandemia todos ficaram assolados com inúmeras mudanças que o novo vírus trouxe, tendo que seguir com diversas restrições para evitar ao máximo a contaminação. Uma das restrições e talvez até a mais importante é o isolamento, consistente em “ficar em casa”. Tal frase tão escutada e lida nos últimos tempos se tornou umas das formas mais abrangentes e seguras para evitar a disseminação do vírus, pois a pessoa contaminada se permanecer em casa evita de transmitir a outras e vice-versa.

Conquanto tal medida não traga tantos pontos positivos, ou seja, pensando por outros aspectos, permanecer em casa integralmente pode sim significar uma piora em determinadas áreas, como exemplo a que o aludido artigo traz: a mulher que sofre violência dentro de sua própria casa se torna muito mais vulnerável quando presente 24 (vinte e quatro) horas com o seu agressor.

A Ouvidoria Nacional dos Direitos revelou que em março de 2020, logo no início da pandemia no Brasil, houve um crescimento entre os dias 1º e 25 de 18% (dezoito por cento) no número de denúncias registradas pelos serviços disque 100 e ligue 180, deixando claro que o isolamento social ao tentar diminuir o risco de contaminação se depara com um difícil fato: as mulheres não estão seguras dentro de suas próprias casas (ONDH,2020).

Por conta do isolamento as mulheres acabam não tendo espaço para recorrer a amigos, familiares ou as pessoas que poderiam lhes ajudar, acarretando o aumento dos níveis de manipulação psicológica de seus agressores. Outro fato diz respeito ao aspecto econômico do lar, ou seja, quando a mulher possui um maior controle do que o homem no tocante as finanças, este acaba se sentindo inferior, ferindo seu comportamento de “macho provedor”, podendo ele ter condutas impetuosas por não ter o controle de tudo.

### **4 O TEMPO E A FORÇA DO ISOLAMENTO PODEM LEVAR AO AUMENTO DE**

## CONFLITOS?

A contemporaneidade mundial envolvendo a questão do Sars-CoV-2, causador da pandemia do novo coronavírus (Covid-19), descortina a necessidade da vacinação em massa para assim a sociedade se libertar do isolamento social.

Enquanto não houver a imunidade de rebanho os casais que convivem enclausurados no mesmo ambiente estão propensos ao stress provocado pelo isolamento e pela crise econômica, tornando assim um gatilho psicológico para explosão das violências verbal, mental, física e até mesmo risco de vida às pessoas mais vulneráveis, descortinando o machismo estrutural com seus conceitos discriminatórios, seja no lar ou no emprego, provocando o cerceamento à liberdade da mulher.

Conforme cita Cagigas Arriazu (2017 apud Celeste 2021):

“A violência é sempre uma forma de demonstrar que se ostenta o poder mediante o emprego da força, seja física, econômica, política etc. e implica na existência de um superior e um subordinado [...]. Quando as mulheres se resolvem em sua desigualdade e querem sair dela, questionam as relações de poder e se convertem em uma ameaça para os homens, que não sabem como argumentar a manutenção da estrutura social operante, surge a violência, que é o único recurso para demonstrar a sua superioridade e que são eles que mandam [...]. O que rege a conduta do homem violento é a crença que tem sobre a mulher a quem considera um objeto de sua propriedade sobre a qual pode exercer sua dominação de modo arbitrário e com toda a naturalidade”

Por sua vez, a mulher agredida passa a ser obrigada a conviver cotidianamente com seu algoz decorrente da prisão financeira, com maior incidência às famílias de baixa renda, onde muitas delas vivem aprisionadas na opressão cultural do machismo, sobrecarregando o físico e emocional com os fardos pesados dos trabalhos domésticos e como cuidadoras de vulneráveis e, ainda, sofrem silenciosamente agressões contínuas em decorrência da ignorância em conhecer seus direitos resguardados pela Lei Maria da Penha e da falta de informações sobre acessos aos canais de denúncias, como disk 180, indicando assim sentimentos do ativismo de fortes personagem como Simone de Beauvoir, símbolo do combate das desigualdades entre homens e mulheres numa luta feminista que iniciou há 70 anos. Além disso estas mulheres convivem em moradias primitivas com carência do básico, conforme cita a advogada e mestre em Direito Público pela UFPR, Maria da Glória Colucci, em artigo publicado no site Jusbrasil.

Ao lado da pobreza extrema ou miséria se apresenta a degradação física e mental do cidadão sem teto, pelas múltiplas causas que envolvem sua condição de abandono; mas a principal é a ausência de ambiente salubre, ainda que simples, para morar com sua família e se abrigar das intempéries.

O receio da violência acaba indo contra seus próprios filhos ou pessoas que a vítima tem o dever de proteção, tornando-a ainda mais vulnerável a sofrer outros tipos de violência, como a sexual e a psicológica.

Por isso fica consubstanciado que quanto mais durar a pandemia e com ela o isolamento, mais a mulher fica exposta a sofrer diversos tipos de violência dentro do lar. O maior convívio em ambientes já perturbados, só levam ao crescimento contínuo de conflitos e com isso sérios riscos para a vítima de violência doméstica.

## **5 COMPARATIVO DO AUMENTO DOS CASOS DE VIOLÊNCIA DÔMESTICA DO ESTADO DO TOCANTINS COM OUTROS ESTADOS**

Durante a Pandemia da Covid-19 houve de fato um aumento no número dos casos de violência doméstica contra mulher e até mesmo de feminicídios. No Brasil antes mesmo da pandemia e do vírus vir a surgir, os números de casos de violência doméstica sempre foram elevados, uma prova disso é o que mostra o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, onde informa que no ano de 2018 o país totalizou 263.067 casos de lesão corporal dolosa contra a mulher, e em relação aos números de violência sexual no meio doméstico são também elevados, onde em 2018 foi calculado 66.041 registros de estupros, sendo em média 180 casos por dia, onde 81,8% fora cometido contra mulheres e meninas (Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2019).

Com essa situação do Isolamento Social foi totalizado nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo um aumento de 50% dos casos de violência doméstica contra a mulher (G1,2020). Houve ainda um aumento de 431% em relação as brigas e discussões de casais diante do isolamento. No Twitter, uma rede social usada por muitos, houve cerca de 52.513 menções ligadas a alterações conjugais, onde 5.583 mostrava ser de episódios de violência contra a mulher (G1, 2020)

Em relação aos registros de casos pelo ligue 180 houve um aumento de 9% dos casos na segunda quinzena de março do ano de 2020, onde nessa época coincidentemente foram editados em diversos estados decretos relacionados ao isolamento social (Agencia Câmara de Notícias, 2020).

No Estado do Tocantins houve também um aumento no número de casos de violência doméstica contra a mulher, onde em agosto de 2020 foi verificado pela Polícia Militar 192 chamadas de denúncias por meio de ligações de emergência. Em comparativo



tem-se que em julho de 2020 foram registradas 178 ocorrências pela Polícia Militar, o que demonstra um aumento de 7% nos casos de violência doméstica de um mês para outro. Ainda, no mês de julho, de acordo com os levantamentos da polícia, 131 mulheres solicitaram socorro por estarem sofrendo agressões, sendo que em agosto este número aumentou para 134. Ademais, comparando as denúncias dos meses de julho e agosto verifica-se que no primeiro houve 33 registros e no segundo 47.

Flávia Roberta de Oliveira, comandante da Patrulha Maria da Penha no Tocantins, relata:

“Esse tipo de crime é milenar e, apesar de a quarentena, em decorrência da pandemia do novo Coronavírus, implicar no risco de aumento dos casos de violência devido à convivência forçada, a mulher também está mais informada sobre seus direitos e medidas de proteção e cria coragem de denunciar o agressor, principalmente no mês de agosto quando se fala muito sobre o combate a este tipo de crime e os trabalhos sociais, preventivos e de conscientização se intensificam”.

Em Araguaína, cidade do Estado do Tocantins, de acordo com levantamento da Defensoria Pública, foi registrado um aumento de 143% de mulheres vítimas de violência doméstica que procuraram ajuda. Segundo estatísticas da Corregedoria Geral da Defensoria, em julho de 2020 foram realizados 107 atendimentos de violência doméstica, sendo que em julho de 2019 foram calculados 44 atendimentos. (G1Tocantins, 2020).

A Defensora Pública, Karine Ballan, titular do atendimento à Vítima de Violência Doméstica e Familiar em Araguaína/TO, expõe que a ampliação dos atendimentos ocorre já desde o início da pandemia. Relatando ainda que a justificativa do aumento de tais atendimentos seria pelo fato do estresse dentro de casa, por conta do isolamento social, incluindo também a piora na situação econômica, onde pode colaborar com o nascimento de conflitos (G1Tocantins, 2020).

## **6 FOI FEITO ALGO PARA CONTER A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER?**

O que está sendo feito? Como lidar com as consequências da epidemia no cenário de enfrentamento à violência contra as mulheres?

O Estado do Tocantins, assim como o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), Poder Judiciário e Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, vinculada a Fiocruz, têm dado publicidade sobre os novos canais de comunicação disponíveis para denúncias de violações de direitos e de violência contra a mulher.

São vários serviços oferecidos a respeito de políticas, direito e canais de denúncias, ao qual necessitam permear nos lares, nos trabalhos e na população feminina em situação de rua. Neste cenário de fragilidade materializa-se a necessidade de reinventar as redes de enfrentamento à violência contra as mulheres, conforme aponta o artigo titulado: “A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento”, publicado no site Fiocruz.

Marques et al. (2020, p.12) expõem:

[...] no âmbito relacional, o maior tempo de convivência com o agressor é crucial. Ademais, ao se reduzir o contato social da vítima com amigos e familiares, reduzem-se as possibilidades de a mulher criar e/ou fortalecer uma rede social de apoio, buscar ajuda e sair da situação de violência. A convivência ao longo de todo o dia, especialmente entre famílias de baixa renda vivendo em domicílios de poucos cômodos e grande aglomeração, reduzem a possibilidade de denúncia com segurança, desencorajando a mulher a tomar esta decisão.

Neste sentido, matéria jornalística publicada no site oficial do Governo do Tocantins no mês de abril de 2021, mostra que neste período de isolamento aplicativos como o Direitos Humanos Brasil, disponível para download em celulares e sites como o da ouvidoria nacional de direitos humanos, são alternativas para auxiliar no enfrentamento à violência contra a mulher.

Soares (2020, p.55), esclarece:

[...] A medida emergencial do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) possibilita que vítimas de violência ou pessoas que presenciem alguma agressão façam a denúncia de forma facilitada e discreta, sem a necessidade de ligação. Com as plataformas digitais, os serviços do Disque 100 e 180, continuam sendo utilizados, e são estendidos para o aplicativo Direitos Humanos Brasil e para um portal exclusivo <https://ouvidoria.mdh.gov.br/>.

As medidas de combate à violência doméstica têm sido pautadas no Congresso Nacional como substitutivo do Projeto de Lei (PL) 2.510/2020, que obriga síndicos, moradores e locatários a informarem casos de violência doméstica e familiar às autoridades competentes. Assim como efetiva aplicação das leis.

No entanto, o combate à violência contra as mulheres no contexto da pandemia não pode se limitar a receber denúncias. Os esforços devem ser direcionados para o aumento do número de equipes nas linhas diretas de prevenção e resposta à violência, bem como para a ampla divulgação dos serviços disponíveis, a capacitação dos profissionais de saúde para a identificação de situações de risco, de modo a não reafirmar a orientação. Ao isolamento nestas situações, bem como à expansão e reforço das redes de apoio, incluindo a garantia do funcionamento e o aumento do número de vagas em abrigos para mulheres sobreviventes.

Redes sociais informais e virtuais de apoio devem ser incentivadas, porque são formas que ajudam as mulheres a se sentirem conectadas e apoiadas, além de servir como um aviso aos abusadores de que as mulheres não estão completamente isoladas. Em países como França e Espanha, mulheres vítimas de violência procuram ajuda em farmácias, usando palavras codificadas para denunciar a situação de violência

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Para lidar com a violência doméstica contra as mulheres no contexto da pandemia, todas as estratégias citadas anteriormente são válidas e complementares entre si. O isolamento social nesse momento é essencial para prevenir o aumento da COVID-19 no Brasil e, portanto, minimizar a morbimortalidade associada à doença. O Estado e a sociedade devem se mobilizar para garantir às mulheres brasileiras o direito de viver sem violência. Sendo assim, as mulheres constituem a maioria da população brasileira e compõem a maior parte da força de trabalho médica. Portanto, elas têm um papel fundamental a desempenhar no combate à pandemia e suas terríveis consequências econômicas, sociais e para a saúde.

O estudo constatou que embora o Brasil tenha amparo legal que possibilita o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, o surgimento de uma inesperada pandemia torna ainda mais difícil o alcance de políticas públicas, devido às estratégias que implementam. Ora, nem todas as mulheres podem ser alcançadas, porque nem todas têm acesso a informações sobre o funcionamento de canais abertos a denúncias ou a internet para uso de plataformas digitais. Além disso, o medo de ser constantemente monitorada pelo companheiro e de ser exposta à doença dificulta a procura por esses serviços, os quais são interrompidos ou suspensos por não serem priorizados.

## **REFERÊNCIAS**

BARBOSA, Francisco. Chamadas para 190 com casos de violência doméstica aumentam durante pandemia. Fortaleza, 11 de nov. de 2020. Disponível em:

<https://www.brasildefato.com.br/2020/11/11/chamadas-para-190-com-casos-de-violencia-domestica-aumentam-durante-pandemia>. Acesso: 19 de maio de 2020.

BARBOSA, Jeanine Pacheco Moreira et al. Interseccionalidade e outros olhares sobre a violência contra mulheres em tempos de pandemia pela covid-19. 2020.

BASÍLIO, Ana Tereza. A pandemia e a violência doméstica, São Paulo, 07 de ago. de 2020. Disponível em: <https://www.jb.com.br/pais/artigo/2020/08/1025034-a-pandemia-e-a-violencia-domestica.html>. Acesso: 19 de maio de 2020.

CAGICAS ARRIAZU, Ana. O patriarcado como origem de la violencia domestica. Disponível em: <http://www.dialnet.unirioja.es>. Acesso: 19 de maio de 2020.

COLUCCI, Maria da Glória. Carência de moradia como forma de tratamento desumano e degradante (ODS 11). São Paulo, 05 de ago. de 2017. Disponível em: <https://priscilato.jusbrasil.com.br/artigos/561688869/carencia-de-moradia-como-forma-de-tratamento-desumano-e-degradante-ods-11>. Acesso: 19 de maio de 2020.

CORONAVIRUS: la preocupación por la víctimas de violencia de género que tienen que convivir en cuarentena con su agresor (y donde buscar ayuda). **BBC NEWS**, Mundo, 20 de mar de 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52009140>. Acesso: 19 de maio de 2020.

CORONAVÍRUS: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena. São Paulo, 27 de mar. de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>. Acesso: 19 de maio de 2020.

COVID-19: número de mortes baixa, mas variantes continuam preocupando, Mundo, 03 de mar. de 2021. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/03/1743342>. Acesso: 19 de maio de 2020.

DAY, Vivian Peres et al. Violência doméstica e suas diferentes manifestações. **Revista de psiquiatria do Rio Grande do Sul**, v. 25, p. 9-21, 2003.

DEFENSORIA registra aumento de 143% no número de mulheres que buscaram ajuda após violência doméstica em Araguaína. Palmas, 13 de ago. de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2020/08/13/defensoria-registra-aumento-de-143percent-no-numero-de-mulheres-que-buscaram-ajuda-apos-violencia-domestica-em-araguaina.ghtml>. Acesso: 19 de maio de 2020.

DONG, Ensheng; DU, Hongru; GARDNER, Lauren. An interactive web-based dashboard to track COVID-19 in real time. **The Lancet infectious diseases**, v. 20, n. 5, p. 533-534, 2020.

ESTUDO mostra eficiência do isolamento social contra o novo coronavírus. São Paulo, 11 de jun. de 2020. Disponível em: <https://www.uerj.br/noticia/11078/>. Acesso: 19 de maio de 2020.

FOLHA informativa sobre covid. **OPAS**, Mundo, sem data disponível. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso: 19 de maio de 2020.

FONSECA, Denire Holanda da; RIBEIRO, Cristiane Galvão; LEAL, Noêmia Soares Barbosa. Violência doméstica contra a mulher: realidades e representações sociais. **Psicologia & Sociedade**, v. 24, n. 2, p. 307-314, 2012.

MARQUES, Emanuele Souza et al. A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, p. e00074420, 2020.

MAZZI, Caroline. Denúncias de violência contra idosos quintuplicaram durante a pandemia, apontam dados do Disque 100. **O Globo**, São Paulo, 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/denuncias-de-violencia-contraidosos-quintuplicaram-durante-pandemia-apontam-dados-do-disque-100-24480857>. Acesso: 19 de maio de 2020.

MELO, Bernardo Dolabella et al. Saúde mental e atenção psicossocial na pandemia COVID-19: violência doméstica e familiar na COVID-19. 2020.

MORAES, Claudia Leite de et al. Violência contra idosos durante a pandemia de Covid-19 no Brasil: contribuições para seu enfrentamento. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 25, p. 4177-4184, 2020.

PNUD sugere renda básica temporária para ajudar mulheres mais pobres. **Onu News**, Mundo, 4 de mar de 2021. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/03/1743362>. Acesso: 19 de maio de 2020.

RELATOS de briga de casais aumentam 431% desde o início do isolamento provocado pelo coronavírus, diz estudo. São Paulo, 24 de abr. de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/20/relatos-de-briga-de-casais-aumentam-431percent-desde-o-inicio-do-isolamento-provocado-pelo-coronavirus-diz-estudo.ghtml>. Acesso: 19 de maio de 2020.

SANTOS, Andressa. Polícia Militar do Tocantins registra aumento de denúncias de violência contra mulher no mês de agosto. Palmas, 15 de set. de 2020. Disponível em: <https://www.to.gov.br/noticias/policia-militar-do-tocantins-registra-aumento-de-denuncias-de-violencia-contramulher-no-mes-de-agosto/6ibb9dm4tx6k>. Acesso: 19 de maio de 2020.

SANTOS, Celeste Leite. Machismo estrutural aplicado ao direito das mulheres. São Paulo, 14 de mar. de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-14/opinio-machismo-estrutural-aplicado-direito-mulheres>. Acesso: 19 de maio de 2020.

SENADO aprovou medidas de combate à violência doméstica agravada pelo isolamento. São Paulo, 20 de jan. de 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/01/21/senado-aprovou-medidas-de-combate-a-violencia-domestica-agravada-pelo-isolamento>. Acesso: 19 de maio de 2020.

SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Interface- Comunicação, Saúde, Educação**, v. 11, p. 93-103, 2007.

SOARES, Vitória. Aplicativo e site são novas alternativas para auxiliar no enfrentamento à violência doméstica durante pandemia. Palmas, 13 de abr. de 2020. Disponível em: <https://to.gov.br/noticia/2020/4/13/aplicativo-e-site-sao-novas-alternativas-para-auxiliar-no-enfrentamento-a-violencia-domestica-durante-pandemia/>. Acesso: 19 de maio de 2020.

THOMAKA, Maíra Fernandes. Aumento do número de casos de violência doméstica é efeito deletério da quarentena. São Paulo, 13 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-13/fernandes-thomaka-aumento-violencia-domestica-quarentena>. Acesso: 19 de maio de 2020.

VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, v. 23, p. e200033, 2020.

VIOLÊNCIA doméstica durante Pandemia de Covid-19. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo, 27 de ago. de 2020. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/publicacoes\\_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-03/](https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-03/). Acesso: 19 de maio de 2020.

## **A VALORAÇÃO INDEVIDA DA PROVA TESTEMUNHAL NO SISTEMA PERSECUTÓRIO PENAL**

**RENATO ALMEIDA SILVA:**

Bacharelado do Curso de Direito pela Faculdade Uninassau; formado em Administração de Negócios pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA); Pós Graduado em Auditoria Fiscal e Tributária pelo Instituto de Estudos Superiores da Amazônia.

**IVANILDO FERREIRA ALVES<sup>13</sup>**

(orientador)

**RESUMO:** Apresentado à Faculdade Uninassau. A prova testemunhal, regulamentada no Código de Processo Penal dos artigos 202 ao 225. É um dos meios utilizados para prover o convencimento do delegado na confecção do inquérito policial e do juízo no momento de proferir a pronúncia e sentença. O próprio Código de Processo penal em seu artigo 202 conceitua o que é testemunha. Testemunha é a pessoa que declara, sob o compromisso de dizer a verdade, de maneira imparcial, ter tomado conhecimento de algo interessante ao processo penal. Toda pessoa pode ser testemunha. As pessoas que prestam declarações, sem o compromisso, são meros informantes, muito embora possam colaborar, igualmente, para a apuração da verdade real. Nesse ponto quando, qualquer pessoa pode ser testemunha é que se busca analisar a ineficiência de uma testemunha que esteve envolvida no acontecimento, ou não, uma vez que, seu psicológico está abalado e até onde o que a testemunha diz pode ser levado em consideração no processo penal. Tem credibilidade o testemunho de alguém abalado psicologicamente? E em casos de estupro, como dar credibilidade a veracidade da informação, haja vista que a pessoa do possível estupro pode ser inimiga do “estuprador” e ter feito uma montagem dos fatos? E o que dizer da testemunhabilidade? Isto é, o interesse despertado na comunidade diante da declaração da ocorrência de um fato. As pesquisas demonstram que esse interesse termina gerando fenômenos correlatos e consequenciais, tais como a memoriabilidade (capacidade que o fato possui de se fazer recordar com precisão), a fidelidade (situação subjetiva gerada no espírito da testemunha, consistente na capacidade de reproduzir com exatidão o que soube) e a sinceridade (situação subjetiva da testemunha, que se expressa

---

1313 Ms. em Direito, especialista em Direito Penal, e doutorando em Direito Penal.

sem a intenção de enganar). Sob tais análises, por vezes, observa-se que um depoimento sem lógica, contraditório, é considerado pouco fiel, porque se julga que a testemunha não se recorda bem, ou então insincero. Por outro lado, os testemunhos correntes dão uma impressão de fidelidade e de veracidade; e pode ser o contrário, provindo o primeiro de uma dificuldade em se exprimir, ou de um fenômeno de timidez, ao passo que a naturalidade do segundo pode derivar de uma hábil preparação. Sendo assim, tem se visto por muitas vezes a condenação de inocentes, tendo como principal fundamento a prova testemunhal, como se houvesse uma valoração a esse meio de prova, como no caso de prisão em flagrante por roubo e em casos de acusação de estupro. Porém, em muitos casos, partindo de uma mais profunda análise em busca da verdade real, tem se mostrado que eram inocentes sendo enclausurados com a única ou principal prova sendo a testemunhal. Assim, esta pesquisa busca demonstrar que existe uma valoração dada a prova testemunhal em detrimento de outras, como no caso de estupro e na aplicação da Lei Maria da Penha. O item macro do artigo envolve a valoração da prova testemunhal em caso de estupro, porém o objetivo aqui é demonstrar como se buscar meios para restringir erros do judiciário por valorar a prova testemunhal em detrimento de outras.

**Palavras chave:** Prova, testemunhal, código, penal, valoração.

**ABSTRACT:** Presented to Faculdade Uninassau. The testimonial evidence, regulated in the Code of Criminal Procedure of articles 202 to 225. It is one of the means used to provide the delegate's persuasion in the preparation of the police inquiry and the judgment at the time of pronouncing the pronouncement and sentence. The Criminal Procedure Code itself, in Article 202, conceptualizes what is a witness. A witness is a person who declares, under a commitment to tell the truth, impartially, that he or she has become aware of something interesting in the criminal proceedings. Everyone can be a witness. People who make statements, without compromise, are mere informants, although they can also collaborate to ascertain the real truth. At this point, when any person can be a witness, it is necessary to analyze the inefficiency of a witness who was involved in the event, or not, since, his psychological condition is shaken and as far as what the witness says can be taken into account in the criminal proceedings. Does the witness of someone who is psychologically shaken have credibility? And in cases of rape, how to give credibility to the veracity of the information, given that the person of the possible rape can be the enemy of the "rapist" and have made a montage of the facts? And what about testimony? That is, the interest aroused in the community in the face of the declaration of the occurrence of a fact. Research shows that this interest ends up generating correlated and consequential phenomena, such as memorability (ability that the fact has to remember with precision), fidelity (subjective situation generated in the witness's spirit, consistent with the ability to accurately reproduce the who knew) and sincerity (subjective situation of the witness, which is expressed without the intention of deceiving). Under such analyzes, it is sometimes observed that a testimony without logic, contradictory, is considered unreliable, because it



is believed that the witness does not remember well, or else insincere. On the other hand, current testimonies give an impression of fidelity and truthfulness; and it may be the other way around, the former stemming from a difficulty in expressing itself, or from a phenomenon of shyness, whereas the naturalness of the latter may derive from skillful preparation. Thus, the condemnation of innocents has been seen on many occasions, based on testimonial evidence, as if there was a valuation of this evidence, as in the case of arrest in a fragrant state for theft and in cases of rape accusation. However, in many cases, starting from a deeper analysis in search of the real truth, it has been shown that they were innocent, being locked up with the only or main evidence being the testimonial. Thus, this research seeks to demonstrate that there is a valuation given to testimonial evidence to the detriment of others, such as in the case of rape and in the application of the Maria da Penha Law. The macro item of the article involves the assessment of testimonial evidence in the case of rape, but the objective here is to demonstrate how to seek ways to restrict errors of the judiciary by valuing testimonial evidence at the expense of other.

**Keywords:** Compliance Evidence, testimonial, code, penal, valuation.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Os Tipos de Provas: 2.1. A Prova Pericial; 2.2. A Prova do Exame de Corpo de Delito; 2.3. A prova do Interrogatório; 2.4. A Confissão; 2.5. Declaração do Ofendido/Vítima. 3. A Prova Testemunhal. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

A prova pode ser compreendida como tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do juiz, ou seja, é tudo aquilo que é levado ao conhecimento do magistrado na expectativa de convencê-lo da realidade dos fatos ou de um ato do processo. Ela é inerente ao desempenho do direito de defesa e de ação.

Segundo Guilherme de Souza Nucci<sup>14</sup>, o termo prova origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação, assim vejamos:

"O termo prova origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar

---

<sup>14</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar" (NUCCI; Guilherme de Souza, 2014, p.338)

Sendo assim, segundo o professor Guilherme de Souza Nucci (2014), o termo prova possui três sentidos, quais sejam: o ato de provar, que é o processo em que se verifica a verdade do fato alegado, como exemplo, tem a instrução probatória onde as partes utilizam os elementos disponíveis para desvendar a "verdade" do que se alega; o meio para provar, que é o instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo, nesse ponto entra a prova testemunhal; o resultado da ação de provar, que trata do produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos.

Nesse sentido e contexto conceitual, podemos verificar a importância fundamental da prova, seja ela acusatória ou de defesa, para que o magistrado possa ter seu convencimento no momento da pronúncia ou impronúncia e no momento da sentença condenatória ou absolvição.

Já para Lima<sup>15</sup>, a prova corresponde ao conjunto de atos que são praticados tanto pelas partes, como pelo juiz e, também, por terceiros visando proporcionar ao magistrado subsídios suficientes para formar a sua convicção sobre a existência ou não de determinado fato, ou, ainda, sobre a veracidade ou falsidade de dada afirmação.

Tal conceito de prova, segundo o autor, é possível de ser extraído da leitura conjunta dos artigos 156, incisos I e II, 209 e 234, todos do Código de Processo Penal, infra transcritos:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

[...]

Art. 209 O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

---

<sup>15</sup> LIMA, R. B. de. *Manual de processo penal*. Vol. único. 5. ed. Salvador: JusPODVM, 2017.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

[...]

Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível (BRASIL, 1941).

Nesse íterim, dentre as provas utilizadas no processo penal temos: a Prova Pericial, tratada nos arts. 158-184, do Código de Processo Penal – CPP; a Prova de Exame de Corpo de Delito; a prova de interrogatório, tratada nos artigos arts. 185-196, CPP; a prova de Confissão, tratada nos arts. 197-200, CPP; a prova fundada através das Declarações do ofendido, tratada no art. 201, CPP; a prova Testemunhal, normatizada nos arts. 202-225, CPP; a prova de Reconhecimento de Pessoas e Coisas, normatizada nos arts. 226-228, CPP; a Prova formada da Acareação, normatizada nos arts. 229-230, CPP; a prova Documental, normatizada nos arts. 231-238, CPP; a prova formada dos Indícios, normatizada no art. 239, CPP e a prova fundamentada em Busca e Apreensão, normatizada nos arts. 240 a 250, CPP.

Em uma primeira análise o objetivo é demonstrar erros judiciais, ocasionados por valoração a prova testemunhal em detrimento de outras.

## **2. OS TIPOS DE PROVA**

### **2.1. A PROVA PERICIAL**

A prova pericial é normatizada no Código de Processo Penal – CPP, nos arts. 158 à 184 e trata-se do exame realizado por profissional com conhecimentos técnicos, a fim de instruir o julgador. O laudo pericial é o documento elaborado pelos peritos, sobre o que foi observado.

Não deve conter valoração dos fatos, mas apenas as conclusões técnicas a respeito do elemento submetido à apreciação.

Esse tipo de prova, a pericial, pode ser realizada na fase de inquérito policial ou do processo, a qualquer dia e horário segundo art. 161, do CPP.

Vale ressaltar que o perito é um auxiliar do juiz, da justiça. A autoridade que determinar a perícia e as partes poderão oferecer quesitos até o ato. Esse tipo de prova deve ser realizada por dois peritos oficiais. Se não houver, será elaborada por duas pessoas portadoras de diploma e com habilitação na área em que for realizado o exame, normatizado no art. 159, CPP.

Torna-se nula se realizada por apenas um perito, conforme Súmula 361 do Supremo Tribunal Federal.

Vale ressaltar aqui, que o magistrado não está vinculado ao laudo elaborado pelos peritos, podendo julgar contrariamente às suas conclusões, desde que o faça fundamentadamente, conforme normatizado no art. 182, CPP. Trata-se de um sistema conhecido como sistema liberatório.

Observa-se que por ser uma prova técnica exigem-se certas formalidades que não serão observadas em outros tipos de prova, conforme se verá no decorrer do artigo.

## **2.2. A PROVA DE EXAME DE CORPO DE DELITO**

Dentre as provas possíveis o exame de corpo de delito tem grande relevância quando se fala em prova forense. O Título VII do Código de Processo Penal (CPP), capítulo II os institutos do exame de corpo de delito, dentre os quais pode-se destacar:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

O art 158 deixa clara a importância do exame de corpo e delito, não permitindo nem mesmo a discricionariedade do Juiz para decidir sobre a realização, sendo completamente vinculada a decisão do magistrado de que seja realizado o exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios:

Com o intuito de seguir alguns dos princípios basilares da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência) o CPP prevê em seu art 159 a figura do perito oficial. A preocupação do legislador na busca por uma prova de produção imparcial para auxiliar o juiz em sua tomada de decisão, e a relevância do trabalho dos peritos, também pode ser vista no art 169 do CPP, quando se mostra a necessidade da conservação do local da infração, evitando ao máximo que qualquer alteração possa prejudicar a tentativa de elucidar o fato ocorrido.

Art. 169. Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos.

Observa-se assim, em uma rápida comparação entre a prova pericial e o exame de corpo de delito, que este vincula o Juiz ao exame afastando sua discricionariedade.

### **2.3. A PROVA DO INTERROGATÓRIO**

Esta prova pode ser conceituada como ato personalíssimo do acusado de infração penal, em denúncia ou queixa-crime, que se realiza perante o juiz competente para apreciar a ação penal.

É ato personalíssimo, porque o acusado, quando do interrogatório, não pode ser substituído nesse ato por ninguém, nem por procurador com poderes especiais conferidos para desempenhar esse mister.

Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>16</sup> “O interrogatório é a fase da persecução penal que permite ao suposto autor da infração esboçar a sua versão dos fatos, exercendo, se desejar, a autodefesa.”

Vale ressaltar que é conferido ao acusado direito de não exercer a autodefesa, sem que isso lhe traga prejuízo (art. 5º, LXIII, CF/17 e art. 186, parágrafo único, CPP).

O interrogatório, na obtenção de prova possui características próprias como: é ato personalíssimo: só o acusado pode ser interrogado; é ato oral: não pode ser oferecido por escrito, salvo na hipótese de pessoa muda; é ato bifásico, ou seja, pergunta-se sobre a vida pessoal e sobre os fatos; é ato não preclusivo, ou seja, pode ser realizado a qualquer tempo, antes do trânsito em julgado da decisão, podendo inclusive ser repetido.

Trata-se de um dos momentos mais relevantes do processo, na obtenção da verdade real. Pois é por meio dele que o juiz toma contato com o acusado.

---

<sup>16</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p.386-388.

<sup>17</sup> \_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

É neste ato, ou seja, no interrogatório que é permitido que o magistrado conheça mais de perto, fisicamente, trejeitos, família, comportamentos, aquele a quem o Ministério Público ou o querelante atribui a prática de uma infração penal.

É por meio do interrogatório que o juiz pode melhor avaliar a pretensão penal deduzida em juízo. Permite ainda que o julgador possa melhor sopesar as declarações do interrogando com o restante contexto probatório, extraindo, a final, o seu convencimento mais exato quanto possível do fato atribuído ao réu em sua plenitude.

Em se tratando da natureza jurídica do mesmo a doutrina possui divergências. Para uma corrente o interrogatório constitui meio de defesa, já para outra, meio de prova, e ainda, para uma terceira, tem-se que esse ato possui característica híbrida, sendo ao mesmo tempo, meio de prova e meio de defesa e, por fim, uma quarta corrente, defende que o interrogatório é considerado meio de defesa, primordialmente, e como meio de prova, de forma subsidiária.

Fernando Capez<sup>18</sup> sustenta, depois de dizer que o Código de Processo Penal fez opção por considerá-lo meio de prova, que, não obstante isso, o considera meio de defesa do acusado. Para isso, salienta que:

“[...] sendo o interrogatório o momento processual no qual, por excelência, o sujeito da defesa, i. e., o acusado, tem a possibilidade de materializar o seu direito de audiência, influenciando na formação da convicção do órgão jurisdicional através da narração dos fatos consoante a sua versão, torna-se evidente a natureza de meio de defesa do interrogatório”.

Já Aury Lopes Jr.<sup>19</sup> considera estéril a discussão sobre a natureza jurídica do interrogatório:

“[...] pois as alternativas ‘meio de prova’ e ‘meio de defesa’ não são excludentes, senão que coexistem de forma inevitável. Assim, se de um lado potencializamos o caráter de meio de defesa, não negamos que ele também acaba servindo como meio de prova, até porque, ingressa na complexidade do conjunto de fatores psicológicos que norteiam o ‘sentire’ judicial materializado na sentença.”

---

18 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.396-397.

19 LOPES JR., Aury. *Direito Processual e sua conformidade constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 598.

Sendo assim, podemos ponderar. Até onde o interrogatório é válido para a formação probatória do magistrado?

## **2.4. A CONFISSÃO**

Trata-se do reconhecimento da veracidade de um fato, onde o acusado, declara em seu desfavor. No Direito Processual Penal, é a admissão da prática de uma infração penal.

Vale ressaltar que o sistema Penal brasileiro baseia-se no princípio *"nemo tenetur se detegere"*, ou seja, o direito que o acusado tem de não produzir prova contra si mesmo.

Tal princípio está consagrado pela Constituição Federal no inciso LXIII, artigo 5º, assim como pela legislação internacional, como um direito mínimo do acusado, sendo de fundamental importância seu cumprimento, pois este é um direito fundamental do cidadão.

Neste ângulo importante analisar até onde a confissão é válida pelo ponto de vista do que é confessado e pelo ponto de vista legal.

Devido a este princípio é sobre o Estado que recaem, no sistema acusatório, o ônus da prova e a missão de desfazer a presunção de inocência em favor do acusado, sem esperar qualquer colaboração de sua parte.

Em relação ao valor probante, no atual sistema acusatório penal a confissão não é mais a "rainha das provas", como foi por muito tempo chamada. Atualmente, devido o princípio *"nemo tenetur se detegere"* a confissão não constitui prova plena da culpabilidade do réu. Desse modo, deve ser ela apreciada em conjunto com os demais elementos probatórios.

## **2.5. DECLARAÇÕES DO OFENDIDO/VÍTIMA**

Sempre que possível o juiz deverá proceder à oitiva do ofendido, por ser ele pessoa apta, em muitos casos, a fornecer informações essenciais em relação ao fato criminoso.

O ofendido será indagado sobre as circunstâncias da infração, se sabe quem é o autor e quais as provas que pode indicar. Importante frisar que não se pode denominar o ofendido de testemunha, porque não o é tecnicamente. Não se toma do ofendido o compromisso de dizer a verdade, o que faz com que não possa ser processado pelo crime de falso testemunho.

É justamente a esse sujeito, ou melhor, a essa fonte de informação, que não tem compromisso com a verdade, pois não se trata de testemunha, que a autoridade policial vai recorrer, na maior parte dos casos, como uma de suas primeiras providências investigativas criminais.

Em se tratando de crime praticado contra pessoa jurídica, caberá ao seu representante legal essa declaração. Por óbvio, naquelas hipóteses em que o sujeito passivo é coletivo (crimes vagos) ou, embora individualizado, a pessoa física (específica) não tenha sido localizada ou já se encontre falecida, a sua oitiva resta prejudicada.

Segundo BADARÓ<sup>20</sup>, embora não haja qualquer elemento de informação que mereça crédito absoluto ou valoração privilegiada, inegável que as palavras da vítima "devem ser recebidas com grande reserva" Afinal de contas, se o injusto penal realmente tiver ocorrido, trata-se de sujeito diretamente afetado pela conduta criminosa e, portanto, com marcas importantes no âmbito da subjetividade. Há, por óbvio, uma expressão do relato da vítima a partir de seus próprios desejos, muitas vezes inconscientes, aflorados pela experiência conflitiva (o fato criminoso) e a necessidade de reprodução histórica sob a forma de declaração no contexto da justiça criminal.

Segundo Aury Lopes Jr.<sup>21</sup>, não se pode ignorar a relação da vítima com o caso penal, do qual faz parte, o que gera interesses (diretos) na persecução criminal, os quais podem se manifestar em diferentes sentidos, tanto para beneficiar o imputado (ex.: por medo) como também para prejudicar um inocente (ex.: vingança pelos mais diversos motivos).

Além desse comprometimento material, existe, ainda, a disciplina processual, que desobriga a vítima/ofendido de prestar compromisso de dizer a verdade, abrindo-se a porta para eventuais mentiras impunes. Nesse viés, há quem fale em "uma suspeita objetiva de parcialidade" quanto às declarações da vítima.

A doutrina especializada aponta que a oitiva do ofendido é muito similar à do imputado, uma vez que está em jogo o mesmo interesse que o investigado/acusado, porém em sentido contrário. O mais comum de se imaginar é que, se alguém formaliza uma notícia crime ou apresenta uma acusação em juízo com imputação delitiva a terceira pessoa, manifestando interesse na persecução penal, justo porque busca a condenação do imputado. Logo não pode figurar como testemunha. Ademais, tem-se na vítima um protagonista dos fatos em questão. Por consequência, flagrante interesse na reconstrução narrativa do evento, o que já enseja por si só consideráveis riscos à instrução do caso penal,

---

20 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 317.

21 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 649.



bastante semelhantes aos existentes por ocasião do interrogatório do investigado/acusado.

Assim tem-se de um lado o acusado que não tem compromisso com a verdade, pois não é testemunha, e de outra banda o ofendido/vítima que também sem ter compromisso com a verdade pode ser influenciado em seu depoimento por medo, vingança ou qualquer outro impulso, o que de pronto deve gerar dúvida tanto o depoimento do acusado como o da vítima.

### **3. A PROVA TESTEMUNHAL**

A testemunha, é pessoa diversa dos sujeitos principais do processo, que é chamado em juízo para declarar, sob juramento, a respeito de circunstâncias referentes ao fato delituoso objeto da ação penal, a partir da percepção sensorial que sobre eles obteve no passado.

Porém, em casos onde o ofendido é a única testemunha do fato, como em casos de acusação de estupro, como deve ser valorado o relatado por esse tipo de testemunha? É aqui que chegamos ao cerne desse trabalho.

MITTERMAIER define a testemunha como sendo “o indivíduo chamado a depor segundo sua experiência pessoal, sobre a existência e a natureza de um fato”.

Já segundo Malatesta<sup>22</sup>, o fundamento da prova testemunhal reside:

“na presunção de que os homens percebam e narrem a verdade, presunção fundada, por sua vez, na experiência geral da humanidade, a qual mostra como na realidade, e no maior número de casos, o homem é verídico”.

O testemunho é um meio de prova disciplinado nos arts. 202 a 225 do CPP. O Juiz, tendo em vista o sistema do livre convencimento, pode valorá-lo livremente à luz das demais provas produzidas. No antigo sistema da certeza legal ou da prova legal prevalecia o brocardo *testis unus, testis nullus* (*voix d'un, voix de nul, para os franceses*), onde uma só testemunha não valia como prova.

Atualmente se admite até uma condenação com base em um único testemunho, desde que corroborado com os demais meios probatórios colacionados aos autos. Por outro lado, muitas vezes vários testemunhos não são suficientes para uma sentença

---

<sup>22</sup> MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, São Paulo: Saraiva, vol. II, 1960, p. 16, tradução de Alexandre Augusto Correia

condenatória. Portanto, o que importa não é o número de testemunhas, mas a credibilidade do respectivo depoimento e o critério com que o julgador o aferirá.

Para Aury Lopes Jr. E Cristina Carla Di Gesu<sup>23</sup>

“o delito, sem dúvida, gera uma emoção para aquele que o testemunha ou que dele é vítima. Contudo, pelo que se pode observar, a tendência da mente humana é guardar apenas a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor).”

Observa-se assim, que a prova testemunhal não é um meio confiante de prova, por não ser técnico-científico, e que ainda pode ser valorado subjetivamente pelo juiz. Neste sentido como o Juiz poderia valorar ou analisar a verdade real da testemunha?

Para Manzini, seriam cinco os requisitos da prova testemunhal em sentido próprio:

a) Judicialidade: só pode ser considerada testemunha a pessoa que depõe em juízo; se o faz perante outra autoridade que não seja um Juiz de Direito *“non mantiene carattere di testimonianza”*. Tornaghi acompanha o entendimento do seu mestre ao dizer que *“tecnicamente só é prova testemunhal o depoimento prestado em juízo (...), pois “a prova testemunhal de que a lei fala é aquela produzida perante o juiz”*. Tourinho Filho, no entanto, adverte não ser possível admitir esta característica em nosso País, pois, entre nós, o testemunho pode ser colhido também na fase policial, perante um Delegado de Polícia.

b) Oralidade: o testemunho será sempre prestado na forma oral, não sendo permitido à testemunha fazê-lo por escrito, salvo breve consulta a apontamentos. O artigo 204 do CPP estabelece regra neste sentido, havendo, porém, exceções quanto ao testemunho do surdo-mudo e do mudo (arts. 192, II e III e 223, parágrafo único), na Lei n.º 4.898/65 – Abuso de Autoridade (art. 14, § 1º.) e no art. 221, § 1º do CPP.

A regra da oralidade se justifica plenamente, no sentido que o testemunho tem que expressar fisicamente as impressões sensoriais do depoente, o que só é verdadeiramente possível se realizado oralmente. Malatesta, aliás, inclui esta característica como o caráter fundamental do testemunho, *“aquele que o especifica como uma das formas particulares da afirmação de pessoa, diferenciando-o da outra forma particular chamada documento”*.

---

23 \_\_\_\_\_; DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 175, jun. 2007, p. 2.

c) Imediação: para Manzini só seria testemunha aquele que presenciou os fatos diretamente, percebendo-os sensorialmente, tendo-os visto, ouvido ou sentido imediatamente, pois “la testimonianza deve esprimere percezioni sensorie ricevute immediatamente dal dichiarante relativamente ad un fatto da provare”. Porém, o nosso Direito admite, como vimos acima, que a testemunha também deponha sobre fatos dos quais apenas ouviu dizer (de auditu), razão pela qual, entre nós, não se pode indicar a imediação como uma característica do testemunho, até porque não se coaduna com o sistema do livre convencimento.

Desta feita, pode-se ter um testemunho contaminado, uma vez que, nosso sistema admite o testemunho baseado no “ouvi dizer”.

d) Objetividade: a testemunha não pode ser subjetiva sobre os fatos a respeito dos quais depõe. Não pode emitir opiniões pessoais sobre os mesmos “salvo quando inseparáveis da narrativa do fato”, assim está estabelecido no art. 213 do CPP.

Por sua vez, não pode o Juiz fazer-lhe perguntas de modo subjetivo que venham a ensejar este tipo de resposta; deve também o Magistrado indeferir as perguntas assim formuladas pelas partes: “*testis non est iudicare*”: não cabe à testemunha julgar, emitir opinião, dar parecer, dizer se o réu é inocente ou culpado e nem fazer qualquer conjectura. Opiniões idiossincráticas comprometem a credibilidade e a imparcialidade da testemunha.

e) Retrospectividade: a testemunha deve depor sempre sobre o que ocorreu e não fazer presunção sobre fatos futuros. Tornaghi<sup>24</sup>, exemplificando, afirma que:

“se um engenheiro depõe sobre um incêndio a que assistiu, não lhe toca pronunciar-se sobre a iminência de desmoronamento das paredes que restam” ou “se um médico é chamado a depor sobre uma agressão, não lhe compete dizer se a lesão produzida na vítima vai inabilitá-la para o trabalho por mais de 30 dias”, pois, ainda que possuam capacidade técnica para prever acontecimento futuro, por estarem depondo apenas como testemunhas (e não como peritos), não poderiam fazer tais apreciações.

Como aduz Manzini, “*ciò appunto distingue la testimonianza dalla perizia*” (Ob. Cit., p. 103).

---

24 TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, 8ª. ed., São Paulo: Saraiva, vol. I, 1991, p. 393.

Neste aspecto, importante a observação de Aury Lopes Jr. E Cristina Carla Di Gesu<sup>25</sup>:

“A reconstrução de um fato histórico será sempre minimalista e imperfeita, justamente porque se reconstruirá no presente algo ocorrido no passado”, mesmo porque “diferentemente do que se poderia pensar, as imagens não são permanentemente retidas na memória sob a forma de miniaturas ou microfimes, na medida em que qualquer tipo de ‘cópia’ geraria problemas de capacidade de armazenamento, devido à imensa gama de conhecimentos adquiridos ao longo da vida.” (...) Logo que o fato acontece, as pessoas lembram do acontecimento com riqueza de detalhes (mas sempre será uma ‘parte’, o fragmento do todo, que é inapreensível para nós). Contudo, com o passar do tempo, estes são esquecidos, mas fica a lembrança do momento dramático.”

Toda pessoa física tem capacidade para ser testemunha, segundo aduz o art. 202 do CPP. Mesmo os menores, os insanos e os amorais podem ser arrolados para testemunhar, cabendo ao Juiz, com critério, avaliar a prova colhida de acordo com a sua convicção e fundamentando sempre a sua decisão. Sendo assim, o que pode variar, é o critério de avaliação de cada depoimento, não a sua admissibilidade.

Para Manzini<sup>26</sup>, podem testemunhar, por exemplo, os doentes mentais, as crianças, o surdo-mudo, os cegos, os ébrios, os condenados, etc., desde que tenham presenciado o fato e possam relatá-lo, “*libero poi il giudice di valutare la credibilitá del teste e della sua deposizione*” (p. 106). Vale ressaltar, porém, que os menores de 14 anos e os doentes mentais, entre nós, não prestarão compromisso.

Em relação ao depoimento de crianças é evidente que deve-se ter uma certa precaução, mas nunca a ponto de torná-las incapazes para depor, apenas não se lhes deferirá o compromisso. Vale aqui, observar a advertência do Desembargador Camargo Aranha: “O testemunho infantil merece ressalvas; é deficiente e perigoso. Por conter defeitos psicológicos e morais não pode ser recebido como um juízo de plena certeza”. O próprio aponta três fatores psicológicos que tornam deficientes tais testemunhos: a imaturidade, a imaginação e a sugestibilidade. Nada obstante tal consideração entendemos que não se pode desprezar absolutamente o testemunho infantil, mesmo

---

25 DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

26 TORNAGHI, Hélio. *Curso de direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 400.

porque pode ser uma prova nos autos que, quando corroborada por outras, mostre-se crível.

Para fortalecer tal entendimento, em recente julgado, o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo assim decidiu vejamos:

“O testemunho de criança, que deve ser cercado de todo cuidado, não pode, de per si, ser execrado, ignorado ou tido como suspeito; na espécie, não procedem as críticas apresentadas, que se fundam em teses anciãs e sovadas doutrinas, insuficientes à desqualificação da prova apresentada”.

A respeito, vejamos outros julgados:

“Atentado violento ao pudor – Ocorrência. Atos consistentes em deitar, despir, beijar a boca e o corpo, chegando a ejaculação, em criança do sexo feminino, com oito anos, enteada dos autos. Prova. Palavras da vítima, corroboradas pelas declarações de sua mãe e uma vizinha. Em delitos contra os costumes, ocorridos às escondidas, a palavra da ofendida merece especial relevo, se em consonância com o restante da prova. Apelo improvido” (Apelação crime nº 70005340609, 8ª Ccrim TJRS, Rel. Des. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA, j. 02/04/03).

“PROVA. CRIME CONTRA OS COSTUMES. PALAVRA DA VÍTIMA. CRIANÇA. VALOR. Como se tem decidido, nos crimes contra os costumes, cometidos às escondidas, a palavra da vítima assume especial relevo, pois, via de regra, é a única. O fato de ser ela uma criança não impede o reconhecimento do valor de seu depoimento. Se suas palavras se mostram consistentes, despidas de senões, servem elas como prova bastante para a condenação do agente. É o que ocorre no caso em tela, onde os seguros depoimentos da ofendida informam sobre o estupro e seu autor, o apelante. Condenação mantida.” (Apelação crime nº 70005252325, 6ª CCrim TJRS, Rel. Des. SYLVIO BAPTISTA NETO, j. 19/12/02)

“ABSOLVIÇÃO. NEGATIVA DE AUTORIA. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. Em crimes contra os costumes, cometidos sem a presença de testemunhas, em especial os domésticos, a palavra da vítima possui alta potencialidade probante, sobretudo em se tratando de criança de doze anos, cuja ausência de experiência de

vida não permitiria a narrativa coerente do fato só com base na imaginação, versão reforçada, ainda, pelo contexto da prova testemunhal que trouxe outros elementos de convicção” (Apelação crime nº 70004906301,8ª CCrim TJRS, Rel. Dês. ROQUE MIGUEL FANK, j. 06/11/02)

Como visto, não resta dúvida que a palavra da vítima, ainda que menor impúbere é elemento hábil para, em consonância com o acervo probatório, fundamentar um decreto condenatório, desde que colhida na fase judicial, sob o contraditório e a ampla defesa.

Já em relação ao testemunho infantil, veja a lição de Guilherme de Souza Nucci<sup>27</sup>:

“Outro aspecto extremamente importante é a declaração prestada por criança (sempre informante) e adolescente (informante ou testemunha, conforme o caso, já que podem prestar o compromisso a partir dos 14 anos, segundo o art. 208, CPP). Relatos nos mostram que muitos erros judiciais originam-se da credibilidade exagerada que magistrados concedem a essas informações. Justifica-se essa situação pela fragilidade tanto da criança quanto do adolescente para elaborar uma narrativa fiel dos fatos porventura assistidos, sem lançar qualquer fantasia ou mentira, frutos da inexperiência e da instabilidade psicológica e emocional dos seres em desenvolvimento. Observa-se que a criança, por ficar sempre na superfície das coisas, quer por preguiça de espírito, quer por ignorância ou falta de hábito, termina guardando na memória poucos dados interessantes sobre determinado fato. O que é velho na sua memória sempre prejudica o novo. Assim, seu processo de associação de ideias é sensivelmente diminuído. Quando colocada para reconhecer algum suspeito, pode trazer à sua memória a imagem de pessoas conhecidas e não exatamente do agente do crime, prejudicando o reconhecimento ou terminando por reconhecer quem efetivamente não cometeu a infração penal. Tendo em vista que a memória da criança é frágil, muitas são as situações em que, forçada a se lembrar de algo importante, termina completando a sua falta de informação com dados extraídos da fantasia e da imaginação. O infante tem dificuldade de lidar com a noção de espaço e tempo, razão pela qual, desejando o juiz captar, exatamente, o que lhe significou determinado período, deve lançar mão de comparações. Assim, em lugar de falar em horário de adulto (19:00 horas, 23:00 horas etc.),

---

<sup>27</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 100.

precisa fazer referência ao horário da própria criança, como o momento em que almoça, janta, brinca, vai para a cama etc. Lembremos, ainda, que, por ser altamente sugestível, jamais deve o magistrado completar-lhe frases, pedindo que confirme com um "sim" ou um "não". A criança, para agradar quem a ouve, certamente terminará concordando com o almejado pelo interrogante. Sob outro aspecto, a turbulência da adolescência apresenta apenas algumas diferenças com a fase infantil. Deve-se continuar a ter cautela com determinados depoimentos, agora, especialmente, no contexto sexual, pois o desenvolvimento do ser humano, nessa fase, é marcado pelo descobrimento da sua sexualidade. Tal situação pode acarretar perturbações sensoriais, emotivas e psicológicas, razão pela qual a fantasia ingressa nas suas narrativas, também como forma de suprir determinadas frustrações e incompreensões. Segundo estudos realizados, somente a partir dos 14 anos começa a pessoa a se tornar mais confiável nos seus relatos, o que, aliás, redundou no já mencionado art. 208 do Código de Processo Penal."

É, portanto, notório que vários fatores podem contaminar o que é relatado por uma testemunha, principalmente se menor impúbere ou sofrendo de qualquer faculdade. Porém, mesmo assim, será um testemunho válido e valorado pelo magistrado.

Neste sentido, para Stein<sup>28</sup>, ainda que haja essa "certeza", deve-se repensar a confiabilidade dos testemunhos, a partir do momento em que se crê na possibilidade das falsas memórias, pois, nas palavras de Stein (2010, p. 37) "[...] o ser humano é capaz de lembrar, de forma espontânea ou sugerida, eventos que nunca aconteceram [...] e é possível sim apresentar erros de memória".

Sendo assim, é plausível que pode haver contaminação no relato da testemunha, ainda que esteja sobre juízo, pois a memória é volátil e "contaminável", no sentido de que, no momento do crime "visto" muitas imperfeições são armazenadas na memória devido ao trauma do momento e ainda se tem a permissão do CPP da testemunha depor pelo ouvir dizer.

Segundo Aury Lopes Jr. E Cristina Carla Di Gesu:

"Contudo, as crianças foram historicamente avaliadas como mais vulneráveis à sugestão, pois a tendência infantil é justamente de

---

<sup>28</sup> STEIN, L.M. e Colaboradores. *Falsas Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: ARTMED, 2010.

corresponder às expectativas do que deveria acontecer, bem como às expectativas do adulto entrevistador. (...) Além disso, a tendência infantil é de se adaptar à expectativa do entrevistador, a fim de demonstrar cooperação com o adulto, razão pela qual raramente se responde que não se sabe. (...) De outra banda, a criança tende a ser desafiada pelo entrevistador quando o seu relato for incongruente com a convicção inicial dele. O fato é que se o entrevistador estiver previamente convicto acerca da ocorrência do delito, certamente vai dirigir todos os questionamentos de modo a confirmá-lo, contaminando o ato."

Por seu turno, existe ainda o depoimento e/ou testemunho de policiais que participaram da investigação que originou o processo criminal. O que dizer desses testemunhos? Longe de ser incomum, está hipótese, encontra-se presente em grande número de feitos criminais, até porque, muitas vezes, são os agentes as únicas testemunhas do fato delituoso, mormente quando se trata de prisão em flagrante de delito clandestino.

Existe a corrente jurisprudencial que afasta por completo a admissibilidade desta prova por entender, em suma, que estas pessoas seriam suspeitas e estariam, portanto, impedidas de depor. Corrente majoritária, porém, caminha em sentido oposto, admitindo-a, pois não enxergam suspeição pelo simples fato da atuação funcional. Cabe assim ao Juiz, à luz do nosso sistema de apreciação de provas, com critério, dar o devido valor à prova colhida. Se os depoimentos dos policiais não forem, por exemplo, objeto de qualquer contestação por parte do réu, como os desqualificar? E, mesmo que o sejam, como não os admitir se provada estiver a materialidade do fato e os outros testemunhos corroborá-los?

Segundo Alexandre Bizzotto e Andreia de Brito Rodrigues<sup>29</sup>:

"o testemunho dos policiais é válido; contudo, não se nega a guerra que se trava entre a polícia e a criminalidade. Quando possível, a indicação de testemunhas que não tinham vínculo com o Estado é importante para se evitar a descaracterização dos abusos que são cometidos."

"(...) o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha. Ademais, o só fato de a testemunha ser policial não revela suspeição ou impedimento."(HC

---

29 BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Julgamento antecipado civil e penal*. Goiânia: AB, 1999, p. 120.



nº 76557/RJ, 2ª Turma, Relator para acórdão: Min. Carlos Velloso, DJ 02.02.2001).

Neste sentido, vejamos algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e de outros Tribunais:

“VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência.” (HC 73.518-5/SP, 1.ª T STF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 18.10.1996).

“O depoimento testemunhal de agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos.” (STF - HC 73.518-5, Rel. Celso de Mello - DJU - 18.10.96, p. 39.846).

“TRF3 - ACR 2004.60.05.001066-2 – (22547) – 5ª TURMA – REL. DES. FED. SUZANA CAMARGO - EMENTA: RSE. PRONÚNCIA. ART. 408, CAPUT, DO CPP. EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS DA AUTORIA. ART. 409, CPP. ANIMUS NECANDI. PROVA TESTEMUNHAL. DECLARAÇÕES PRESTADAS POR POLICIAIS. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO. TRIBUNAL DO JÚRI. JULGAMENTO. RECURSO IMPROVIDO. (...) O fato da prova testemunhal estar consubstanciada, também, em declarações prestadas por policiais, por si só, não descaracteriza a sua verossimilhança, tendo em vista que não foram esses depoimentos analisados isoladamente, mas sim em consonância com todo o

conjunto probatório colhido sob o crivo do contraditório.” Vejamos este trecho do voto: “(...) Ademais, o simples fato daquela prova testemunhal estar consubstanciada, também, em declarações prestadas por policiais, por si só, não descaracteriza a sua verossimilhança, tendo em vista que não foram esses depoimentos analisados isoladamente, mas sim em consonância com todo o conjunto probatório colhido sob o crivo do contraditório. É que neste particular, não é dado olvidar que os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Em sendo assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório, sendo que nesse sentido já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 604815/BA, Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ 26.09.2005 p. 438 LEXSTJ vol. 194 p. 332).”

Noutro sentido:

“Apelação criminal. Condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Pretendida absolvição. Procedência. Condenação lastreada tão somente na palavra isolada dos policiais. Insuficiência. Ausência de provas sólidas e convincentes acerca da conduta do réu. A dúvida, em direito penal, não opera contra o acusado. Absolvição que se impõe. Inteligência do artigo 386, inciso VII, do Processo Penal. Sentença reformada. Recurso provido” (TJPR – 4ª C. – AP 0500539-6 – rel. Luiz Zarpelon – j. 29.1.2009 – DOE 13.2.2009).

Pelo exposto, é notório que existem vários elementos e variáveis que podem contaminar e/ou influenciar a prova testemunhal. Entre eles a testemunhar ser autorizada por nosso sistema processual penal a testemunhar pelo ouvir dizer, o fato de impúberes poderem testemunhar, o fato de o juiz poder valorar uma prova, além de outras variáveis.

Tem-se ainda o fato de que a própria memória de uma testemunha ou vítima de um crime não ser totalmente real sendo contaminada por falsas memórias e pelo trauma do acontecimento, o que se pretende falar adiante.

Somando-se esses fatores a outros como condição econômica, cor da pele, talvez se chegue ao número de mais de 40% dos encarcerados no Brasil não terem sido julgados e já estão aprisionados<sup>30</sup>.

#### 4. CONCLUSÃO

O que consta de todo o trabalho é que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, Inciso LVII, declara que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;". É princípio da inocência, onde todos são inocentes até que se prove o contrário.

O Estado para derrubar esse princípio, na função persecutória, faz uso, dentre outros meios comprobatórios da testemunha.

A testemunha, por sua vez, declara seu testemunho que é um meio de prova disciplinado nos arts. 202 a 225 do CPP. O Juiz, tendo em vista o sistema do livre convencimento, pode valorá-lo livremente à luz das demais provas produzidas. No antigo sistema da certeza legal ou da prova legal prevalecia o brocardo "*testis unus, testis nullus*" (*voix d'un, voix de nul*, para os franceses), onde uma só testemunha não valia como prova.

Hoje se admite até uma condenação com base em um único testemunho, desde que corroborado com os demais meios probatórios colacionados aos autos. Por outro lado, muitas vezes vários testemunhos não são suficientes para uma sentença condenatória. Portanto, o que importa não é o número de testemunhas, mas a credibilidade do respectivo depoimento e o critério com que o julgador o aferirá.

Assim, observa-se que o processo mnemônico não é tão objetivo como se almeja num interrogatório. Diversas situações podem alterar o teor dos relatos, inclusive situações relativas aos estados psicológicos normais. Apesar disso, indagações acerca de qual verdade habita o processo penal são recorrentes na doutrina. Se se trata de verdade real ou formal, se verdade real é o mesmo que material, se verdade formal é o mesmo que processual. Na realidade o problema reside não na qualificação (formal, material, real, processual), mas nos usos e crenças em torno da verdade no processo penal de forma alienada das reais condições da produção do que chamam de verdade. Uma prova oral que pode ser influenciada por tantos fatores para reconstituir um fato e formar os autos de um processo para então condenar ou absolver uma pessoa, pode carecer severamente de qualquer coisa digna de ser considerada uma verdade.

---

<sup>30</sup> <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acessado em 01 de maio de 2021.

Elas são semelhantes às memórias verdadeiras, por terem as duas, a mesma base cognitiva e neurológica.

Didaticamente, com base em estudos desenvolvidos por neurologistas, pode-se dividir as memórias em memória de trabalho, declarativas e procedurais. Assim iremos nos ater as memórias declarativas, pois são elas que englobam o que comumente se chama de Memória, registram fatos, eventos ou acontecimentos e assim são chamadas porque os seres humanos podem declarar que elas existem e relatar como adquiriram. As memórias declarativas são divididas em episódicas ou autobiográficas (eventos aos quais assistimos ou dos quais participamos) e semânticas (conhecimentos gerais).

Desta “memória declarativa” é comum se afirmar “certeza absoluta”, o que poderia indicar credibilidade total para quem escuta. Nos depoimentos, vítimas reconhecem de pronto agentes do delito e testemunhas oculares afirmam com “toda a certeza do mundo” ser ou não aquele o sujeito quem praticou o crime, embasando-se decisões, condenando-se ou absolvendo-se acusados.

Sendo assim, levando-se em consideração as “dúvidas” da memória, deve ser aplicado o princípio do “*in dubio pro reo*”.

Para haver condenação, portanto, exige-se do magistrado o estado de certeza, não valendo a mera probabilidade (juízo que enumera motivos convergentes e divergentes acerca da ocorrência de um fato, prevalecendo os primeiros). Não fosse isso, deve o juiz valer-se de prova idôneas, seguras e concretas para dar cabo a uma condenação.

Nesse contexto, impõe-se a análise da possibilidade de consideração da isolada palavra da vítima como prova plena.

Neste sentido, em que pesem as declarações da vítima sejam colhidas sem o dever de dizer a verdade (não é considerada testemunha no processo penal, conforme referido alhures), podendo, eventualmente, ser parciais, espelhando uma visão particular dos fatos narrados na peça acusatória, o certo é que não devem suas palavras serem vistas como necessariamente parciais e distorcidas, podendo, sim, ensejar, por si só, nos autos (forma isolada, ou seja, sem corroboração por testemunhas), um édito condenatório no processo penal, desde que se apresentem resistentes e firmes, sem razões de suspeição de isenção, sobretudo quando ressonantes com demais circunstâncias coligadas no curso da instrução.

E isso porque, em se tratando a vítima de pessoa desconhecida do réu, sem qualquer vínculo anterior ou interesse em prejudicá-lo, a sua narrativa deve ser considerada com especial valor, especialmente nos chamados delitos clandestinos,

praticados às escondidas, sem a presença de testemunhas, como é o caso, em regra, dos crimes contra o patrimônio, em que o ofendido desconhece o acusado e termina por contar os fatos exatamente como se deram.

Neste Interim, para evitar que se possam prejudicar o processo penal brasileiro em decorrências dessas falsas memórias, devem ser tomadas medidas que visem cada vez mais filtrar e buscar fontes alternativas para a certificação da veracidade dessas informações. Pois é recorrente o número de condenações injustas que são posteriores revogadas por erro no ato da condução da investigação e julgamento, por se basear apenas em dados da vítima e testemunhas. Ficando o condenado com o grave prejuízo irreparável, uma vez que não há maneira de compensar integridade moral e psicológica de alguém que é condenado sendo inocente.

Desta feita vê-se a necessidade de um questionamento e análise valorativa da prova testemunha na persecução penal, principalmente em casos onde a única prova é a da vítima, como em abuso sexual ou violência doméstica.

## **5. BIBLIOGRAFIA**

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

MALATESTA, Nicola Framarino dei; DI GESU, Cristina Carla. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 175, jun. 2007, p. 2.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 317.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. Julgamento antecipado civil e penal. Goiânia: AB, 1999.p. 120.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.396-397.

DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acessado em 01 de maio de 2021.

LIMA, R. B. de. Manual de processo penal. Vol. único. 5. ed. Salvador: JusPODVM, 2017.

LOPES JR., Aury. Direito Processual e sua conformidade constitucional. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 598.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 09 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 649.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. A Lógica das Provas em Matéria Criminal, São Paulo: Saraiva, vol. II, 1960, p. 16, tradução de Alexandre Augusto Correia

NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 100.

STEIN, L.M. e Colaboradores. Falsas Memórias – Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: ARTMED, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 4ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p.386-388.

TORNAGHI, Hélio. Curso de direito penal, São Paulo: saraiva, 1997, p. 400.

TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal, 8ª. ed., São Paulo: Saraiva, vol. I, 1991, p. 393.

## **PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR: ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA CONCEDIDA AO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE NO RESGATE DO PLANO PGBL**

**EDSON SEBASTIÃO DE ALMEIDA:** Bacharel em Direito, Especialista em Direito Tributário; Consultor Tributário; contabilista, inclusive com expertise em contabilidade tributária e autor de artigos publicados em revistas especializadas, bem como autor do livro: Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas; experiência de 42 anos, tendo exercido funções de Gestão Tributária, bem como de Assessor da Diretoria Financeira em empresas privadas.

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é no sentido de mostrar aos leitores sobre minha experiência na condição de portador de doença grave (neoplasia maligna), na busca de isenção do imposto de renda junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB) e no Tribunal Regional Federal (TRF). Também, esta obra tem um alcance para os cursos de graduação de direito tributário e de ciências contábeis, bem como para todos aqueles profissionais de outras áreas do conhecimento, a exemplo da administração, entre outras, cujos profissionais atuam na área jurídica, contábil, enfim, o leitor de maneira geral. Nesse sentido, buscamos mostrar aos leitores, por meio dos comentários técnicos, exemplos hipotéticos, doutrinas, jurisprudências, legislações, a fim de uma melhor análise interpretativa, inclusive dos temas polêmicos. De maneira que, contextualizando o tema objeto dessa obra, procuramos por meio de uma linguagem simples e objetiva alcançar todos os leitores. Assim, buscamos mostrar principalmente nossa experiência junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB) e no Tribunal Regional Federal (TRF), nas 1ª e 5ª Regiões do País, na condição de portador de doença grave na busca de isenção do imposto de renda, na previdência privada complementar. Ainda, uma perspectiva de sucesso, refere-se à Ação de Repetição de Indébito Tributário cc Pedido de Tutela Provisória Antecipada de Urgência, protocolada sob o nº 101653-80.2020.4.01.3300, em 16/4/2020, na 12ª Vara Civil da SJBA, pois, nas peças processuais consta à Manifestação do Procurador da Fazenda Nacional, Ananias Pedro da Silva, de 14/10/2020, a qual reconhece à isenção do IRPF no resgate junto à Previdência Complementar do autor, inclusive afirma que a PGFN não contestará. Ainda, por meio do DESPACHO Nº 348-PGFN-ME, DE 5/11/2020, publicado no DOU de 10/11/2020, seção 1, página 14, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovou o Parecer nº 110/2018, que recomenda a não apresentação de

contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, estendendo à isenção do imposto de renda instituída em benefício do portador de moléstia grave especificada em lei estende-se a previdência complementar. Também, no que diz respeito ao objetivo do PARECER SEI Nº 110/2018, sobre a vinculação da SRFB, o referido órgão não deixa dúvida no seu Manual de Perguntas e Respostas 2021, na pergunta nº 269-Qual é o tratamento tributário da complementação de aposentadoria, reforma ou pensão paga a pessoa com doença grave? Além disso, não deixam dúvidas sobre a vinculação o CARF, por meio do Acórdão nº 2202-007.192, de 1/9/2020 e, a COSIT, ao editar a Solução de Consulta nº 138-Cosit, de 8/12/2020. De maneira que, no núcleo do tema busca-se mostrar efetivamente às derrotas e conquistas sobre a isenção do imposto de renda na previdência privada complementar; conseqüentemente, no objetivo geral visando à delimitação do núcleo do tema procuramos discorrer sobre alguns pontos relevantes no contexto da legislação tributária sobre os requisitos para obtenção da isenção do imposto de renda junto a SRF e sobre o princípio da progressividade do imposto de renda. Também, no TRF no 1º grau de jurisdição utilizamos Ação de Repetição de Indébito Tributário cc Pedido de Tutela Provisória Antecipada de Urgência, ocasião em que procuramos mostrar ao Magistério sobre as dificuldades da obtenção da isenção do imposto de renda, bem como da restituição do referido imposto nos resgates da previdência privada complementar. Já um outro item, discorreremos sobre o direito à isenção do IRPF aos portadores de doenças graves do plano PGBL e VGBL, aportes únicos e resgates junto à previdência privada complementar, com isso, mostramos normas, jurisprudências, doutrinas e exemplos práticos. Por sua vez, um outro item, discorreremos sobre a isenção do IRPF, nos resgates da previdência privada complementar, com base nas jurisprudências pacificadas do Superior Tribunal de Justiça – STJ e Nota SEI nº 50/2018, de 13/8/2018 e Nota SEI nº 51/2019, de 17/11/2019, ocasião em que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, manifestou no sentido de que deixou de contestar o pedido do direito à isenção do imposto de renda incidente sobre os resgates de forma genérica dos planos da modalidade PGBL, exceto o plano da modalidade VGBL. Ainda, um outro item que mostramos foi sobre o Parecer SEI nº 110/2018, de 14/9/2018 e o Despacho nº 348/2020, de 5/11/2020, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, em relação ao objetivo e vinculação da SRFB, conforme já mencionamos anteriormente nesta Apresentação sobre as perspectivas de sucesso da Ação de Repetição de Indébito Tributário. Finalmente, o item referente às Considerações Finais, o leitor poderá observar que foi alcançado no presente artigo no que diz respeito aos objetivos gerais e específicos, pois, às hipóteses levantadas foram confirmadas; a metodologia utilizada foi alcançada na medida que procuramos subsidiar o leitor por meio de sugestões e recomendações com base nas normas, jurisprudências e doutrinas do País.

**Palavras-chaves:** Portador de doença grave, Previdência Complementar, isenção do imposto de renda, Nota SEI nº 50/2018, Nota SEI nº 51/2019, Parecer SEI nº 110/2018, Despacho PGFN nº 348/2020, PGFN, SRFB, STJ, moléstias graves, princípio da progressividade do imposto de renda (IR), PGBL, VGBL.



**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Requisitos para obtenção da isenção do imposto de renda aos portadores de doenças graves junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRFB. 3. Princípio da progressividade no imposto de renda (IR). 4. Noções sobre o direito à isenção do IRPF aos portadores de doenças graves dos planos PGBL e VGBL, aportes e os resgates à previdência privada complementar. 5. Nota SEI nº 50/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 13/8/2018 e Nota SEI nº 51/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, de 17/11/2019, tratam sobre à isenção do IRPF aos portadores de doenças graves nos resgates na previdência privada complementar, PGBL, exceto VGBL, jurisprudências pacificadas do STJ em sentido contrário à Fazenda Nacional. 5.1. Nota SEI nº 50/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 13/8/2019. 5.2. Nota SEI nº 51/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, de 17/11/2019. 6. Parecer SEI nº 110/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 14/9/2018 e Despacho nº 348-PGFN-ME, de 5/11/2020, DOU de 10/11/2020, Seção 1, página 14. 7. Considerações finais

## **1 – INTRODUÇÃO**

O tema discorrido no presente artigo tem por objetivo mostrar o meio contábil, jurídico, empresarial, ciências médicas, acadêmico, e aos leitores, de maneira geral, discorrendo as experiências do Autor na busca da isenção do imposto de renda, aos portadores de doenças graves nos resgates na previdência privada complementar.

De maneira que o leitor poderá observar que a escolha do objeto deste artigo visa alcançar todos os leitores de forma geral. Nesse sentido, buscamos mostrar principalmente nossa experiência junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB) e no Tribunal Regional Federal (TRF), nas 1ª e 5ª Regiões do País, na condição de portador de doença grave na busca de isenção do imposto de renda nos resgates da previdência privada complementar.

De fato, o Autor na condição de portador de doença grave (neoplasia maligna), é o paradigma do Acórdão transitado em julgado no TRF, em 8/5/2013, que concedeu isenção do IRPF na inatividade e na atividade, diante disso, procurou mostrar aos leitores sobre à isenção do imposto de renda, nos resgates da previdência privada complementar, resultando pontos positivos e negativos os quais discorreremos no presente trabalho.

Diante disso, na esfera administrativa junto à Delegacia da Receita Federal do Brasil, em Salvador, ocorreram duas derrotas, a primeira por meio do processo nº 18050.005403/2009-61, protocolado em 10/6/2009, conforme Decisão nº 91, de 27/1/2010, que indeferiu o pedido de isenção do imposto de renda, na inatividade e na atividade, inclusive não reconhecendo o Autor na condição de portador de doença grave (neoplasia maligna).

A segunda, foi o indeferimento Defesa Administrativa, protocolada em 16/3/2018, por meio da Solicitação de Antecipação de Análise da DIRPF nº 2016/010400595990 e 2017/010400596032, sobre a isenção do imposto de renda sobre os resgates da previdência privada complementar (Brasilprev), no plano PGBL, com base na Solução de Consulta Cosit nº 152, de 31/10/2016 e das jurisprudências pacíficas do STJ, na condição de portador de doença grave (neoplasia maligna), não obstante, o Delegado indeferiu exigindo o pagamento do imposto de renda do Autor com os acréscimos legais.

Desse modo, um ponto positivo que mostramos ao leitor no presente trabalho refere-se às Notas SEI nºs 50/2018 e 51/2019, emitidas pela PGFN, que possibilitaram uma perspectiva de o Autor recuperar o prejuízo com pagamento do imposto de renda dos resgates da previdência privada complementar (Brasilprev), cujas Notas SEI possuem simetria com a Consulta Cosit nº 152/2016, no que diz respeito à materialidade, em outras palavras, isenta o imposto de renda no resgate da previdência complementar, no plano da modalidade PGBL, exceto, o da modalidade VGBL.

De fato, a PGFN, além de ser esclarecedora no que diz respeito a Nota SEI nº 50/2018, bem como a de nº 51/2019, ela emitiu o PARECER SEI Nº 110/2018/ CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 14/9/2018, que teve como objetivo esclarecer sobre a dispensa da apresentação de contestação, a interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, no que diz respeito às demandas/decisões judiciais fundadas no entendimento de que a isenção do imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma, instituídas em favor de moléstias especificadas na lei nos termos do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, alcança o resgate das contribuições vertidas a planos de previdência complementar, no plano da modalidade PGBL.

Ainda, vinculou a Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), obrigando-a, inclusive a rever de ofício os lançamentos já efetuados, inclusive explicando que as medidas a serem tomadas decorrem das reiteradas decisões pacificadas pelo STJ, no sentido contrário ao entendimento da PGFN, cuja interposições de recursos serão inúteis e sobrecarregarão o Poder judiciário.

Em vista disso, por meio do DESPACHO Nº 348-PGFN-ME, DE 5/11/2020, publicado no DOU de 10/11/2020, seção 1, página 14, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovou o Parecer SEI nº 110/2018, estendendo à isenção do imposto de renda instituída em benefício do portador de moléstia grave especificada em lei, isto é, nos resgates de forma genérica junto à previdência privada complementar no plano PGBL.

No que diz respeito ao posicionamento do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, sobre a vinculação da SRFB ao PARECER SEI nº 110/2018, somos sabedores que atualmente a SRFB, está vinculada ao posicionamento da PGFN, conforme podemos observar no Manual de Perguntas e Respostas SRFB 2021, pergunta 269. Ainda, a vinculação está

retratada no Acórdão nº 2202-007.192, de 1/9/2020, do CARE, Solução de Consulta nº 138-Cosit, de 8/12/2020, entre outros.

Assim, o Autor interpôs Ação de Repetição de Indébito Tributário cc Pedido de Tutela Provisória Antecipada de Urgência, processo nº 1016563-80.2020.4.01.33.00, bem como do Agravo do Instrumento sob o nº 1027991-65.2020.4.01.0000. Nesse caso, o Autor agiu de acordo com as Notas SEI 50/2018 e 51/2019, Parecer SEI nº 110/2018 e Despacho nº 318/2020, emitidos pela PGFN, a qual inseriu na lista de temas com dispensa de contestação e recursos ante as jurisprudências pacificadas pelo STJ.

Por essa razão, nas peças da referida Ação à PGFN já se manifestou em não recorrer com reconhecimento da procedência do pedido de Repetição de Indébito Tributário, por motivo do autor ser portador de doença grave com direito à isenção do imposto de renda sobre os resgates do plano PGBL, junto à Previdência Privada Complementar, ou seja, a Brasilprev.

De maneira que, no objetivo geral do nosso trabalho, visando delimitar o núcleo do tema, procuramos discorrer sobre alguns pontos relevantes no contexto da legislação tributária sobre os requisitos para obtenção da isenção do imposto de renda junto a SRF e sobre o princípio da progressividade do imposto de renda.

Assim, no núcleo do tema mostramos ao leitor noções sobre o direito à isenção do IRPF aos portadores de doenças graves dos planos PGBL, exceto do VGBL, aportes únicos e os resgates junto à Previdência Privada Complementar.

Também, no núcleo do tema discorreremos sobre a Nota SEI nº 50/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 13/8/2018 e Nota SEI nº 51/2019/CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 17/11/2019, que trata sobre à isenção do IRPF concedida aos portadores de doenças graves nos resgates na previdência privada complementar dos planos PGBL, exceto VGBL, conforme, jurisprudências pacificadas do STJ em sentido contrário à Fazenda Nacional.

Logo depois, concluímos o núcleo do tema discorrendo às medidas da PGFN, referente a Nota SEI nº 50/2018 e Nota SEI nº 51/2019, referem-se ao PARECER SEI Nº 110/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 14/9/2018, bem como, o DESPACHO Nº 348-PGFN-ME, DE 5/11/2020, publicado no DOU de 10/11/2020, seção 1, página 14, onde o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovou o Parecer SEI nº 110/2018 que recomenda a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, estendendo à isenção do imposto de renda instituída em benefício do portador de moléstia grave especificada em lei estende-se a previdência complementar.

Finalmente, nas considerações finais o leitor poderá observar que foi alcançado na presente obra no que diz respeito aos objetivos gerais e específicos, pois, às hipóteses levantadas foram confirmadas; a metodologia utilizada foi alcançada na medida que procuramos subsidiar o leitor por meio de sugestões e recomendações com base nas normas, jurisprudências e doutrinas do País.

## **2 REQUISITOS PARA OBTENÇÃO DA ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA AOS PORTADORES DE DOENÇAS GRAVES JUNTO À SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - SRFB**

O enquadramento para obtenção da isenção do imposto de renda aos portadores de doenças graves está previsto no art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713, de 22/12/1988, redação dada pela Lei nº 11.052, de 2004 e, art. 35, inciso II, alíneas "b" e "c", do Decreto nº 9.580, de 22/11/2018, que aprovou o atual RIR, aplica-se as seguintes doenças:

- ✓ tuberculose ativa,
- ✓ alienação mental,
- ✓ esclerose múltipla,
- ✓ neoplasia maligna,
- ✓ cegueira,
- ✓ hanseníase,
- ✓ paralisia irreversível e incapacitante,
- ✓ cardiopatia grave,
- ✓ doença de Parkinson,
- ✓ espondiloartrose anquilosante,
- ✓ nefropatia grave,
- ✓ hepatopatia grave,
- ✓ estados avançados de doença de Paget (osteíte deformante),
- ✓ contaminação por radiação,
- ✓ síndrome de imunodeficiência adquirida e ,

- ✓ fibrose cística (mucoviscidose), com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou da reforma.

Vale esclarecer que, para o reconhecimento da isenção sobre a doença grave o portador deverá comprovar junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil – SRFB, habilitando-se com as seguintes condições<sup>31</sup>:

- ✓ Obter laudo pericial emitido por serviço médico oficial da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, devendo ser fixado o prazo de validade do laudo pericial, no caso de moléstias passíveis de controle;
- ✓ O exame de anatomia patológica/citologia que constatar tratar-se de moléstia grave, bem como, o Laudo do Laboratório de Anatomia Patológica, que comprove a doença grave, deverá constar a data em que a doença foi contraída, além disso, entendemos que o exame e o laudo devem ser apresentados ao médico oficial para fins de Laudo Médico Pericial, emitido pela União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, por exemplo, INSS ou SUS;

Também, sobre o direito às isenções a serem concedidas o RIR/2018, estabelece que aplicam-se aos rendimentos recebidos, a partir:

- ✓ do mês da concessão da aposentadoria, reforma ou pensão;
- ✓ do mês da emissão do laudo ou parecer que reconhecer a moléstia, se esta for contraída após a aposentadoria, reforma ou pensão;
- ✓ da data em que a doença foi contraída, quando identificada no laudo pericial.

### **3 – PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE NO IMPOSTO DE RENDA – IR**

Em relação ao princípio da progressividade em nossa obra GESTÃO FISCAL: cálculo do imposto por dentro ou “gross up” e não-cumulatividade nas apropriações de créditos fiscais do ICMS, IPI, PIS/Pasep e da Cofins<sup>32</sup>, no item 2, a respeito de algumas noções sobre

---

<sup>31</sup> ALMEIDA, Edson Sebastião de. **PORTADOR DE DOENÇA GRAVE – veja os requisitos e condições para obter isenção do IRPF**. Vídeo de apresentação divulgado em 28/2/2021 na plataforma do Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com.br>. Acesso em: 28/2/2021.

<sup>32</sup> ALMEIDA, Edson Sebastião de. **GESTÃO FISCAL: cálculo do imposto por dentro ou “gross up” e a não-cumulatividade nas apropriações de créditos fiscais do ICMS, IPI, PIS/Pasep e da Cofins**. Divulgado em 20/7/2020. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, p. 68-85.

o sistema tributário discorreremos no subitem 2.5.3 sobre o princípio da progressividade, mencionando alguns tópicos nos parágrafos seguintes.

No que diz respeito ao Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza – IR, o art. 153, §2º, I, da CF/1988, estabelece que o referido imposto seja informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei.

De sorte que a progressividade do Imposto de Renda tem como objetivo alcançar todas as pessoas com seus rendimentos, cuja alíquota incidirá por meio de uma tabela divulgada pela SRFB, caracterizada por alíquotas maiores e menores, tomando-se por base a capacidade econômica do contribuinte. Aliás, segundo Marcelo Magalhães Peixoto<sup>33</sup>, todos esses princípios fundamentais do imposto de renda possuem relevância na conformação da “Regra Matriz da Incidência Tributária”.

Entretanto, o ente federativo restringe o contribuinte de diminuir a carga tributária, por exemplo, quando ele limita as deduções sobre os gastos com educação; bem como quando ele considera para efeitos de abatimento as despesas com dependentes limitando a idade de 24 anos, quando nos países desenvolvidos essa idade é em média 28 anos.

Ainda, quando exige do idoso com mais de 65 anos o pagamento do imposto, apenas concedendo atualmente isenção do IRPF com base no Regime Geral da Previdência Social, limitando-a em R\$1.903,98 (Hum mil e novecentos e três reais e noventa e oito centavos), por mês, existindo uma perspectiva de aumento do limite com base no teto máximo da tabela de contribuição do INSS, conforme PL nº 4.198/2019, em tramitação no Senado Federal. Vale mencionar que o teto máximo, previsto na Portaria do Ministério da Economia nº 3.659/2020, de 10/2/2020, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2020, é de R\$6.101,06 (seis mil e cento e um reais e seis centavos).

Por sua vez, atualmente a tabela do imposto de renda está congelada; qual será a razão? Planejamento Tributário em benefício da Administração Pública, crime de concussão ou crime contra a ordem tributária<sup>35</sup> por obter vantagem indevida?

Por conseguinte, na tabela a última faixa possui uma base de cálculo anual acima de R\$ 55.976,16 (cinquenta e cinco mil e novecentos e setenta e seis reais e dezesseis

---

33 PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **Princípios fundamentais do imposto sobre a renda**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 26/3/2019.

34 BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. **Portaria do Ministro da Economia nº 3.659, de 10/2/2020**. Disponível em: <https://www.inss.gov.br>. Acesso em: 29/5/2020.

35 ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 210-211.

centavos), com alíquota de 27,5% e uma parcela a deduzir do imposto de renda<sup>36</sup> no valor de R\$ 10.432,32 (dez mil e quatrocentos e trinta e dois reais e trinta e dois centavos). Ora, este valor dedutível afetará significativamente no cálculo do imposto no resultado do *quantum* a pagar, uma vez que o contribuinte pagará mais Imposto de Renda do que deveria pagar caso houvesse aumento do valor da referida dedução.

Assim, é de se questionar qual é o parâmetro utilizado para obtenção do mencionado valor, por meio de consciência financeira ou contabilidade criativa? Na verdade, não saberemos dizer, senão aqueles que decidem ao legislar com objetivo de arrecadar, ou seja, o poder tributante.

Vale ressaltar que o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil elaborou, por meio do Departamento de Estudos Técnicos do Sindifisco Nacional, um trabalho denominado: A Defasagem na Correção da Tabela do Imposto de Renda Pessoa Física<sup>37</sup>.

A correção da Tabela do IR, em 2016, apontava para uma defasagem média acumulada de 83,12%, tomando por base a inflação medida pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). De maneira que a não correção da Tabela do IR pelo índice de inflação faz com que o contribuinte pague mais imposto de renda do que pagava no ano anterior, assim explica o texto do referido trabalho.

Diante disso, entendemos que a cobrança desse imposto é injusta; por esse motivo necessita de sérias mudanças a fim de atender com justiça o princípio da capacidade contributiva. Com efeito, o trabalho elaborado pelo SINDIFISCO NACIONAL<sup>38</sup> esclarece:

Ao não corrigir integralmente Tabela do IR, o governo se apropria da diferença entre o índice de correção e o de inflação, reduzindo a renda disponível de todos os contribuintes.

A correção da Tabela do IR pelo índice integral da inflação evitaria uma distorção comum na política tributária brasileira dos últimos 20 anos: o pagamento de mais imposto de renda, mesmo por aqueles

---

36 BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria da Receita Federal do Brasil – SRFB. **Perguntas & Respostas 2020. Imposto sobre a Renda da Pessoa Física**. Disponível em: <https://www.receita.economia.gov.br>. Acesso em: 29/5/2020.

37 BRASIL Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. **A Defasagem na Correção da Tabela do Imposto de Renda Pessoa Física**. Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/01/Defasagem-IR>. Acesso em: 26/3/2019.

38 Op. Cit.

que não tenham auferidos ganhos reais. Esta é uma séria ofensa aos princípios da Capacidade Contributiva e da Progressividade, inscritos na Constituição Federal. A conjunção de ambos diz que quem ganha mais deve pagar progressivamente mais. Porém, a não correção da tabela faz com que muitos daqueles que não ganharam mais ou mesmo ganharam menos, paguem mais. É, portanto, uma política regressiva, desprovida de um senso maior de justiça fiscal e que, por estas razões, conduz à ampliação das desigualdades distributivas do País.

De sorte que, não havendo a correção da Tabela do Imposto de Renda, por conseguinte, afetar os limites de deduções, os quais também ficarão congelados. Além do mais, as deduções permitidas por lei são valores que não correspondem à realidade dos gastos necessários pelos contribuintes, ocasionando uma injustiça fiscal, gerando desigualdades sociais.

Na verdade, conforme mencionamos, o ente federativo restringe o contribuinte, quando limita as deduções, resultando um valor maior no *quantum* a pagar do IRPF, inclusive prejudicando a qualidade de vida do contribuinte, quando ele chega ao absurdo de efetuar empréstimo consignado ou vender um bem para pagar o referido imposto.

É de notar que o limite das despesas com educação do declarante do IRPF e de seus dependentes é de R\$ 3.561,60. Tais despesas referem-se ao ensino infantil, fundamental, médio, técnico e superior (graduação e pós-graduação), aliás, esse limite é uma extorsão, isto é, um verdadeiro planejamento tributário do poder tributante, a fim de aumentar a arrecadação dos cofres públicos.

Ademais, na sociedade contemporânea os pais necessitam preparar seus filhos para um mercado de trabalho bastante competitivo, bem como para concursos públicos. Com isso, muitos filhos residem com os pais sendo dependentes até conseguirem sua independência financeira.

Desse modo, a Administração Pública poderia propor o aumento da idade para os dependentes de 24 anos para 27 anos, a exemplo do que ocorre em alguns países da Europa, tais como: República Checa, Bélgica<sup>39</sup> e outros, pois nada mais justo para preparação do recém-formado habilitando-o para inserção no mercado de trabalho, beneficiando sobretudo os responsáveis em relação aos aspectos previdenciários e tributários.

---

<sup>39</sup> ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Questões polêmicas dos exames de suficiência da OAB e do CRC, instituídos por leis infraconstitucionais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº 2945, 25 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19627>. Acesso em: 25/7/2011.



De fato, as deduções legais estão à margem da realidade, inclusive levando em consideração a defasagem na correção da tabela do imposto de renda pessoa física, que, segundo o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil em dezembro de 2016, apontava desde 1996 uma defasagem média acumulada de 83,12%.

Ainda, o poder tributante não reconhece determinadas despesas, a exemplo dos medicamentos<sup>40</sup>, isto é, os remédios para fins de tratamento de saúde. Nesse sentido podemos mencionar várias doenças, tais como: doenças crônicas, cardiovasculares (cerebrovasculares, isquêmicas), neoplasias malignas, doenças respiratórias crônicas e diabetes mellitus, tuberculose ativa, hanseníase, esclerose múltipla, hepatopatia grave, Parkinson, nefropatia grave, entre outras.

Em outras palavras, o poder tributante concede deduções com tratamento dos planos de saúde, clínicas, hospitais, pois entendemos ser conveniente para a SRFB tão somente para fins dos cruzamentos para inibir a sonegação fiscal ao contrário dos remédios que são difíceis de controle pelo consumidor final, entretanto, esquecem que muitos medicamentos são de uso contínuo necessário ao tratamento de saúde do paciente contribuinte do imposto de renda.

Além do mais, os valores e os limites das deduções para o cálculo do imposto de renda devido que a SRFB concede aos contribuintes estão à margem da realidade econômica do País, e entendemos que as referidas deduções deveriam ser compatíveis com a distribuição de rendas das classes sociais constantes da pirâmide com base nas faixas por salários mínimos, cujos gastos são maiores à medida que a renda aumenta.

Em relação à utilização das deduções de forma justa, poderemos fazer uma analogia com as pessoas jurídicas no que diz respeito a sua cadeia produtiva, pois as mesmas são beneficiadas com incentivos fiscais e financeiros, bem como as despesas diretamente

---

40 BRASIL Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. **A Defasagem na Correção da Tabela do Imposto de Renda Pessoa Física**. Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/01/Defasagem-IR>. Acesso em: 26/3/2019. O Sindicato dos Auditores Fiscais com relação à saúde tem uma visão holística:

“A legislação atual do Imposto de Renda restringe a dedução das despesas com saúde. Uma dessas restrições é a não permissão da dedução com medicamentos, exceto aqueles fornecidos pelo próprio estabelecimento hospitalar. A parcela da renda do contribuinte gasta com medicamentos, indispensáveis e vitais, não deveria ser tributada porque não há capacidade contributiva, a qual só começa depois de deduzidas as despesas necessárias à sobrevivência. Afinal, medicamentos não são supérfluos, e sim uma necessidade vital do ser humano e deveriam compor a relação de deduções legais, pois de acordo com o Princípio da Capacidade Contributiva, cada pessoa deve ter sua renda tributada somente depois de deduzidas todas as despesas necessárias a sua sobrevivência”.

ligadas à produção para obtenção do produto final são beneficiadas com a apropriação dos créditos fiscais do ICMS e IPI e descontos dos créditos do PIS e da Cofins.

Da mesma maneira, as pessoas físicas poderiam ter o direito de deduzir todas as despesas para sua sobrevivência e de suas famílias, tais como: saúde de forma ampla, por exemplo, com remédios, pilates, academias, etc., educação de forma ampla sem limites, transportes para sua locomoção, a exemplo de combustíveis, IPVA e seguros; segurança, por exemplo, com vigilâncias e utensílios, etc.

Além de tudo, o que mencionamos no parágrafo anterior são deveres do Estado, porém, somos sabedores de que o mesmo não cumpre o seu papel, por esse motivo, necessariamente deveria compensar a falta do garantismo por meio das mencionadas deduções no cálculo do IRPF a pagar dos contribuintes do referido imposto.

Também, de acordo com a comparação que fizemos em relação às pessoas jurídicas, as deduções alcançariam as despesas com energia, água, gás, alimentação, impostos diretos. Em última análise, aumentar o percentual de desconto de 20% (vinte por cento), previsto para quem utiliza o modelo simplificado e/ou manter o referido percentual sem limites, utilizando-o sobre os rendimentos obtidos pelos contribuintes.

De sorte que a progressividade do Imposto de Renda tem como objetivo alcançar todas as pessoas com seus rendimentos, cuja alíquota incidirá por meio de uma tabela divulgada pela SRFB, caracterizada por alíquotas maiores e menores, tomando-se por base a capacidade econômica do contribuinte.

Entretanto, entendemos que a cobrança desse imposto é injusta; por esse motivo, necessita de sérias mudanças a fim de atender com justiça o princípio da capacidade contributiva.

De fato, o ente federativo restringe o contribuinte, por exemplo, quando limita as deduções sobre os gastos com educação; também considera para efeito de abatimento as despesas com dependentes limitando a idade de 24 anos, repisamos, quando nos países desenvolvidos essa idade é em média 28 anos; bem como quando exige do idoso com mais de 65 anos o pagamento do imposto, limitando a isenção no valor de R\$1.903,98 (Hum mil e novecentos e três reais e noventa e oito centavos).

Enfim, é escorchante a cobrança do referido imposto, principalmente para pessoas físicas no caso os assalariados, pois as pessoas jurídicas, conforme suas atividades econômicas, repisamos, são beneficiadas com Incentivos Fiscais, que na verdade o Poder Público abdica de uma arrecadação do presente postergando-a para o futuro em alguns benefícios fiscais, já em outros há uma grande perda na arrecadação.

As pessoas físicas são menos privilegiadas por meio de benefícios fiscais, inclusive aqueles existentes são obtidos por um preço muito alto para o beneficiário, a exemplo daqueles que são concedidos para os portadores de doenças graves que possuem o benefício fiscal da isenção do IR.

Todavia, eles se deparam com as amarras do ente federativo que restringe e dificulta sua utilização adotando uma postura mais fiscalista do que a própria garantia constitucional, a exemplo do direito à saúde e à vida, asseguradas na nossa Carta Política, por essas razões, buscam os seus direitos por meio da judicialização.

#### **4 – NOÇÕES SOBRE O DIREITO À ISENÇÃO DO IRPF AOS PORTADORES DE DOENÇAS GRAVES DOS PLANOS PGBL E VGBL, APORTES E OS RESGATES JUNTO À PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR**



The infographic features a dark blue background. At the top left, there is a small red circle with a white silhouette of a person. To its right, the text 'PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR' is written in large, white, sans-serif capital letters. Below this, a circular portrait of a man in a suit and glasses is shown. To the right of the portrait, the text 'PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR' is repeated in bold black letters, followed by the question: 'Saiba sobre a isenção do imposto de renda na moléstia grave, no plano PGBL e qual a melhor opção para quem deve pagar o imposto é o PGBL ou VGBL?'. At the bottom left, the logo of the PGFN (Procuradoria-Geral do Fisco Nacional) is displayed, featuring a red scale of justice. To its right is the logo of the STJ (Superior Tribunal de Justiça), consisting of a stylized 'S' and 'TJ' in blue and green. On the far right, there is a green graphic with the text 'PREVIDÊNCIA PRIVADA' and an illustration of a person pushing a large green coin with a dollar sign up a ramp.

Neste item, preliminarmente, se fazem necessárias algumas considerações que devem ser postas ao leitor, considerando os novos paradigmas das atuais governanças corporativas privadas, bem como a função social do tributo. Pois, de alguns anos para cá, em decorrência das crises políticas e econômicas, as sociedades empresariais foram obrigadas na área de recursos humanos a efetuarem mudanças corporativas essenciais para sobreviverem, evitando uma quebradeira generalizada no país; por esses motivos, vivenciamos nos últimos anos um elevado número de demissões.

De maneira que as sociedades corporativas, comprometidas com o social, mercado e investidores, buscaram a renovação no quadro de empregados, substituindo os mais antigos pelos mais novos. Os primeiros com maiores salários causavam um elevado custo na folha de pagamento. Já os segundos com salários baixos reduziam significativamente os custos com mão de obra.

Assim, muitas organizações adotaram as governanças corporativas, com base na cultura e ética, buscando uma política mais profissional e menos familiar; por esses motivos, na atualidade, os empregados que foram desligados, muitos deles, conseguiram aposentar-se na empresa em que iniciaram a carreira profissional, ou seja, o primeiro emprego do trabalhador; não obstante, acreditamos que no futuro tal situação deva diminuir significativamente.

Vale ressaltar que as sociedades empresariais comprometidas com uma política de responsabilidade social implantaram o Plano de Previdência Complementar para seus trabalhadores adequando as melhores práticas de administração de pessoal.

Por essa razão, no que diz respeito aos desligamentos daqueles funcionários mais antigos, foi concedida uma indenização que viesse cobrir as deficiências da aposentadoria pública (INSS).

Já outras sociedades empresariais também comprometidas com uma política de responsabilidade social e na sua política de planejamento estratégico no que diz respeito a sua forma de enxugamento do quadro de pessoal, visando melhorar seu processo por meio de otimização, buscaram diminuir os custos na gestão de pessoas.

Por esses motivos, implantaram o Plano de Demissão Voluntária (PDV), Programas de Demissões Coletivas, por intermédio da aposentadoria pelas empresas de previdência privada, Plano de Aposentadoria Incentivada (PAI), cujos valores recebidos pelos trabalhadores, pelo que entendemos, são para os fins trabalhista e tributário conceituados como verbas indenizatórias.

É de notar que, segundo o sábio voto do Acórdão do Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral<sup>41</sup>, a sua preocupação com os portadores de doenças graves ante os conceitos de salários e proventos que são dos subtipos de “rendimentos” expressões

---

41 BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). **Embargos infringentes não providos. Acórdão nº 2009.33.00.009545-1/BA**. Embargante: Fazenda Nacional, Embargado: Edson Sebastião de Almeida. Advogados: José Luiz Pucci e Márcio Lopes Fernandes de Barros. Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Brasília (DF), DJe de 7 de fevereiro de 2013, p. 1023, transitado em julgado em 8/5/2013. Disponível em: <https://www.trf1.jus.br>. Acesso em: 27/11/2013.

alusivas ao art. 153, III, da CF/88, ao mencionar que é competência da União instituir imposto que incide sobre “renda e proventos de qualquer natureza”. Assim, esclarece:

Ainda no intento de ambientar a questão, a tempo da edição da Lei nº 7.713/88, vigoravam o art. 43, I e II, do CTN (ainda hoje inalterado) e o Inciso II do §2º do art. 153 da CF/88 (esse revogado pela EC nº 20/1998), preceitos que induzem conclusão inarredável de que **salários e proventos são, ambos, subtipos de “rendimentos”** (e o “caput” do art. 6º da Lei 7.713/88) a tal expressão alude; a CF/88, ao tratar do IR, estipula, em mesmo preceito (Inciso III do art. 153), que ele é tributo que incide sobre “**renda e proventos de qualquer natureza**”, o que denota que, dada a particular aditiva “e” o tributo (e seus elementos) é um só, incidindo sobre salário/proventos, evidenciando que, de regra, salvas exceções inconciliáveis, ou ambos são tributáveis ou, sendo caso de isenção (por fato que a ambos os contextos se comunica), nenhum deles sofrerá tributação, **sendo ambos – repita-se – “rendimentos” (isentos)**.

O próprio CTN (art. 43) fala no IR como sendo tributo incidente sobre “**renda**” [produto do capital/trabalho] e “**proventos**” [acréscimos que não forem renda], denotando que tais (Incisos I e II do item) são – ambos – “rendimentos”; se, para fins de tributação, proventos e salários dão-se as mãos para, unindo-se sob o color de “rendimentos”, oferecerem-se à tributação, assim também serão o mesmo todo para fins de isenção. Sanar tal incongruência, tal antinomia não é interpretação “extensiva” ou “analogia”, mas, sim, percepção do real alcance natural da norma e de sua sazonalidade de amplitude em função de variantes do tempo e espaço.

A isenção toma, na hipótese, como elemento justificador objetivo, a “patologia enumerada” (com esteio na redução/perda da capacidade contributiva), para, em função dela (e somente dela), dizer isentos os rendimentos.

Evoque-se este precedente da T7/TRF1 (“*mutatis mutandis*”) para perceber que ler-se os contornos da isenção exige ótica mais elegante, para melhor aquilatar o conceito de interpretação “**exata**” (nem aquém nem além da vontade da norma):

*“(…) IRPF - APOSENTADORIA/PROVENTOS - MOLÉSTIA GRAVE - LAUDOS (OFICIAL E PARTICULAR) - CEGUEIRA (DO TIPO*

*MONOCULAR/UNILATERAL): ISENÇÃO (ART. 6º, XIV, DA LEI Nº 7.713/88) – (...) (CEGUEIRA NÃO É SINÔNIMO DE AMAUROSE) – (...).*

.....

*2- Lei nº 7.713/88 (art. 6º, XIV): são isentos do IRPF os proventos de aposentadoria auferidos por portadores de "cegueira" (e de outras moléstias graves catalogadas em lei).*

*3- STJ (AgRg-REsp nº 121.972/DF): cegueira, no seu sentido literal, sem necessidade de alargamentos interpretativos (art. 111/CTN), abrange "tanto o comprometimento binocular quanto monocular". Não se restringe à amaurose (perda total da visão de ambos os olhos).*

*4- Laudos médicos (oficial e particular) atestam a patologia (qual é, como causada e desde quando instalada) (...).*

***5- A T7/TRF1, quanto a benefícios fiscais, entende que o art. 111 do CTN tanto veda a interpretação "extensiva" (que concede benefício a quem a lei não favoreceu) quanto hostiliza a interpretação "restritiva" (que retira benesse legal de quem a ela faça jus); o vetor jurisprudencial é a interpretação "estrita" (sinônimo de leitura "isenta", "fiel" (...) ou "exata").***

*6- Pedagógica explanação do site do Instituto Benjamin Constant (www.ibc.gov.br), centro de referência nacional no campo da deficiência visual, aponta que "a Organização Mundial de Saúde (OMS) registrou 66 diferentes definições de cegueira" e "o termo cegueira não é absoluto, pois reúne indivíduos com vários graus de visão residual. Ela não significa, necessariamente, total incapacidade para ver, mas, isso sim, prejuízo dessa aptidão a níveis incapacitantes (...)"*

(TRF1, AC nº 0004311-12.2009.4.01.3700/MA, Des. Fed. LUCIANO TOLENTINO AMARAL, T7, DJ 06/07/2012)

O só conviver, não o bastante, sob o manto da patologia, à constante sombra da morte ou da má qualidade de vida iminentes, alça novos vínculos empregatícios ao grau de ambiente de terapêutica afeto-social e espaço de higiene mental, de reforço do próprio sentido de existir: acenar com a tributação sobre a renda da atividade (rendimentos) do portador de moléstia grave (e, no caso concreto,

aposentado por tempo de serviço) é um desestímulo sem qualquer alicerce de justa razão.

Reportando-nos no caso das empresas que adotaram PDV ou PAI no pagamento das verbas indenizatórias, não há que se falar em incidência do Imposto de Renda, bem como da contribuição previdenciária.

Por sua vez, no mercado de trabalho outras empresas firmaram contrato com previdência privada, ou seja, conhecida na legislação e doutrina como rendimentos de previdência complementar, entretanto, no que diz respeito ao imposto de renda existem normas específicas sobre a isenção do imposto de renda em relação aos planos nas modalidades VGBL – Vida Gerador de Benefício Livre e PGBL – Programa Gerador de Benefício Livre.

A mencionada isenção do imposto de renda está prevista na jurisprudência, bem como nas normas da SRFB, especificamente na Solução de consulta nº 152 – Cosit, de 31/10/2016, publicada no DOU de 18/11/2016, seção 1, página 49.

A propósito, sobre o alcance da isenção do imposto sobre a renda o Desembargador Federal Tolentino Amaral discorre a respeito do que venha ser o rendimento do portador de doença grave na atividade e na inatividade.

Por isso, esclarece que, mantendo a isenção apenas sobre proventos na inatividade, é instituir a figura bizarra do contribuinte “meio-portador de moléstia grave” ou o instituto bisonho dos salários que não são rendimentos. Assim, ele é categórico: “inimaginável um contribuinte “sadio para fins de rendimentos ativos” em simultaneamente “doente quanto a proventos”.

Conclui o parágrafo demonstrando: “Inconcebível tal dicotomia, que atenta contra a própria gênese do conceito holístico (saúde integral). Normas jurídicas não nascem para causar estupor”.

Ora, como pode ser constatado no âmbito do Acórdão lavrado pelo Desembargador Federal, data vênua, entendemos que não considerar a isenção do IRPF aos portadores de doenças graves sobre os rendimentos e resgates da previdência complementar é indiscutivelmente a institucionalização da figura bizarra do contribuinte meio-portador de doença grave.

De fato, repisamos que em decorrência das crises políticas e econômicas, choque de consciência financeira dos órgãos governamentais, as empresas em geral para sobreviverem foram obrigadas a demitirem seus empregados utilizando os planos PDV,

PAI, bem como as aposentadorias dos mais antigos por meio das previdências privadas, aliás, por aquelas organizações comprometidas com uma política de responsabilidade social.

Não obstante, algumas empresas que firmaram contratos com a previdência privada, a exemplo daquela que o autor mantinha vínculo empregatício, a fim de assegurarem uma aposentadoria digna para aqueles empregados mais antigos, a empresa efetuou um aporte único com opção no plano na modalidade PGBL para aqueles funcionários com 30 anos ou mais de empresa com perspectivas de desligamento, ou seja, os portadores de doenças graves, deficientes físicos ou não, aliás, o que mostra o comprometimento com a política de responsabilidade social da sociedade empresarial.

Nesse sentido, haverá um deslocamento temporal do fato gerador do imposto, postergado para o momento em que o trabalhador beneficiário do plano for efetuar o resgate do valor acumulado (aporte + correção da moeda).

Com isso, o trabalhador, caso não seja beneficiado com a isenção do imposto na modalidade do plano PGBL, mesmo sendo portador de doença grave ele será penalizado com pagamento do imposto com uma elevada carga tributária, data vênua, não deveria pelo fato do depósito efetuado pela empresa ser de rendimentos da aposentadoria.

Além do mais, possui características de uma espécie de indenização trabalhista a longo prazo para repor as perdas ocasionadas por deficiências da aposentadoria pública para os trabalhadores do setor privado.

Nesse contexto, com a devida vênua, há um conflito aparente de normas, ou seja, antinomias aparentes no direito as quais poderiam ser solucionadas por meio de aplicações de princípios gerais, inclusive ser adotada a analogia.

De fato, neste trabalho buscamos mostrar sobre as possíveis desonerações do imposto de renda nos planos de previdência privada em relação aos depósitos junto a instituição financeira, em outras palavras, não eram admitidas em função das citadas antinomias.

Dessa maneira aludindo àqueles depósitos efetuados em prol do trabalhador em benefício de uma melhor aposentadoria, ressalta-se que nos resgates nos planos nas modalidades PGBL e VGBL haverá incidência do IRPF, conceituados como investimentos financeiros tanto pela SRFB, quanto pelas instituições financeiras de previdência complementar, o que de acordo com as repetidas jurisprudências pacificadas pelo STJ, tais afirmações não mais prevalecem em relação ao portador de doença grave, exceto o plano VGBL, conforme mostraremos neste estudo.



De sorte que, no que diz respeito às noções sobre o direito à isenção do IRPF aos portadores de doenças graves com rendimentos nos planos nas modalidades PGBL e VGBL, nos aportes e resgates junto à previdência privada vamos discorrer de forma ampla sobre o direito da isenção do imposto de renda na condição de portador de doença grave.

Vale mencionar que, com a isenção do imposto de renda por ser portador de doença grave (neoplasia maligna), não justificaria a retenção do imposto de renda nos resgates e lançamentos nos comprovantes de rendimentos pagos e creditados, emitidos pela Previdência Complementar em nome do Autor.

Além do mais, somos sabedores de que patrimônio não é renda, por esse motivo, o aporte efetuado pela Previdência Complementar do trabalhador com perspectiva de uma melhor aposentadoria o aporte das despesas é uma cessão de direito, constitui-se no valor principal investido, nesse caso, repisamos, é o patrimônio do trabalhador, por essa razão, não há que se exigir a cobrança do Imposto de Renda.

Assim, sobre os rendimentos (juros) deverá incidir o Imposto de Renda, pois a previdência complementar, ao englobar o valor principal mais os rendimentos, viola o art. 153, III, da CF/1988, e o art. 43, II, do CTN.

Aliás, numa análise jurídica, considerando o Princípio da Reserva Legal, na tributação pelo Imposto sobre a Renda, o Fisco Federal, no caso do plano na modalidade PGBL, somente poderá tributar a renda, ou seja, os rendimentos (juros) e não o patrimônio, por outro lado, em nenhuma hipótese deverá ocorrer quando os valores advêm de rendimentos isentos ou não tributados, referentes aos portadores de doenças graves.

Nesse sentido, o Professor Fernando Facury Scaff<sup>42</sup> esclarece:

Não é necessário ser tributarista para saber que patrimônio não é renda, e que o imposto sobre a renda deve incidir sobre os rendimentos, e não sobre o montante principal investido, pois o principal corresponde ao patrimônio da pessoa, sendo renda apenas os juros que advierem do investimento. É bem verdade que também existe tributação sobre os proventos de qualquer natureza,

---

42 SCAFF, Fernando Facury. **Inconsistência na tributação dos Planos de Previdência Privada PGBL**. Publicado em 4 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 12/12/2019.

o que engloba salários e pensões, porém este é um aspecto que refoge à análise aqui realizada.

Já em outro momento, sobre a isenção do IRPF, refere-se à Solução de Consulta nº 152-Cosit, de 31/10/2016, publicada no DOU de 18/11/2016, seção 1, pág. 49, considerando o amparo da isenção sobre os rendimentos do Autor no Plano de Renda Total Empresarial na modalidade PGBL, Benefício da Aposentadoria.

Assim, a isenção do imposto de renda aos portadores de doenças graves está prevista nas legislações e nas jurisprudências pátria, bem como nas próprias normas da SRFB, especificamente na Solução de consulta nº 152 – Cosit, de 31/10/2016.

De maneira que demonstraremos de um lado sobre os direitos da isenção do imposto de renda como portador de doença grave nos rendimentos sobre a previdência complementar, além daquele já mencionado no RIR, aprovado pelo Decreto nº 3000/1999, atualmente revogado pelo Decreto nº 9.580/2018; por outro lado, a Solução de Consulta nº 152 – Cosit, de 31/10/2016, publicada no DOU de 18/11/2016, seção 1, pág. 49.

A Solução de Consulta nº 152/2016, da Cosit, de 31/10/2016, trata sobre o Imposto de Renda Retido na Fonte – IRPF, estabelecendo normas sobre os rendimentos relativos aos proventos de aposentadoria, reforma ou pensão e suas respectivas complementações recebidas por portadores de moléstia grave, sendo que aqueles que possuem o Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) estão isentos do imposto de renda.

Já aqueles que possuem Plano Vida Geradores de Benefício Livre (VGBL) sujeitam-se ao imposto de renda retido na fonte pagadora.

De fato, a Solução de Consulta, inclusive fundamentada pelo Regulamento do Imposto de Renda, não deixa dúvidas sobre a isenção do IRPF para os portadores de doenças graves que possuem contratos com empresa da previdência privada, isto é, previdência complementar na modalidade de plano PGBL.

Todavia, não reconhece para fins de isenção a modalidade de plano VGBL<sup>43</sup>, por se enquadrar no ramo de seguro de pessoas, por isso, sujeitando-se ao imposto de renda na fonte, mesmo que o beneficiário dos rendimentos do citado plano seja portador de moléstia grave, senão vejamos:

Assim, uma vez que os dispositivos legais que tratam de isenção devem ser interpretados literalmente, verifica-se que os portadores

---

43 BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Solução de Consulta nº 152 – Cosit, de 31/10/2016**, publicada no DOU de 18/11/2016, seção 1, pág. 49. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 3/9/2017.

de moléstia grave são isentos do imposto sobre a renda apenas dos proventos de aposentadoria, reforma ou pensão (exceto os valores recebidos a título de pensão decorrentes de moléstia profissional) e suas respectivas complementações (recebidas de entidades de previdência privada) (grifo nosso), sendo que, conforme demonstrado anteriormente, o VGBL não é um plano de previdência complementar por se enquadrar no ramo de seguro de pessoas.

Nesse contexto, a Solução de Consulta da Cosit tem efeito vinculante, o que vale mencionar que suas normas se aplicam às demais previdências privadas, inclusive pela Brasilprev. Além do mais, o ato administrativo da espécie normativa, denominado Solução de Consulta, tem força regulamentar, considerando suas qualidades jurídicas, tais como presunção de legitimidade, imperatividade, coercibilidade e executoriedade.

De fato, a Instrução Normativa RECEITA FEDERAL DO BRASIL – RFB nº 1.434, de 30/12/2013, publicada no DOU de 02/01/201444, estabelece que a Solução de Consulta Cosit e a Solução de Divergência têm efeito vinculante no âmbito da RFB, senão vejamos:

Art. 1º Os arts. 3º, 8º, 9º, 15, 23, 25 e 27 da Instrução Normativa RFB nº 1.396, de 16 de setembro de 2013, passam a vigorar com a seguinte redação:

[...]

“Artigo 9º A Solução de Consulta Cosit e a Solução de Divergência, a partir da data de sua publicação, têm efeito vinculante no âmbito da RFB, respaldam o sujeito passivo que as aplicar, independentemente de ser o consulente, desde que se enquadre na hipótese por elas abrangida, sem prejuízo de que a autoridade fiscal, em procedimento de fiscalização, verifique seu efetivo enquadramento” (grifo nosso).

Portanto, a Coordenação-Geral de Tributação, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio da referida Solução de Consulta nº 152 da Cosit, de 31/10/201645, concluiu:

---

44 BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). **Instrução Normativa RFB nº 1434, de 30 de dezembro de 2013**, publicada no DOU de 2 de janeiro de 2014, seção 1, página 8. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 20/9/2017.

45 BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Solução de Consulta nº 152 – Cosit, de 31/10/2016, publicada no DOU de 18/11/2016, seção 1, pág. 49**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 3/9/2017.

Diante do exposto, proponho que a presente consulta seja solucionada informando-se à consulente que:

a) Em razão da interpretação literal a que se sujeita a legislação que trata de isenção, apenas os rendimentos relativos a proventos de aposentadoria, reforma ou pensão e suas respectivas complementações, tais como as dos Planos Geradores de Benefício Livre (PGBL), recebidos por portadores de moléstia grave, são isentos do imposto sobre a renda (grifo nosso). Os rendimentos decorrentes de VGBL sujeitam-se ao imposto sobre a renda, na fonte e na declaração de ajuste anual, mesmo que o beneficiário de tais rendimentos seja portador de moléstia grave (grifo nosso).

b) Por força de disposição contida nos incisos I e II, art. 18, da Instrução Normativa RFB nº 1.396/2013, é ineficaz a consulta no que se refere ao questionamento sobre o preenchimento da Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte-DIRF, por se tratar de questão eminentemente procedimental e por não indicar os dispositivos da legislação tributária sobre cuja aplicação há dúvidas.

Da mesma forma, a exemplo de outras normas editadas pela SRFB, o referido órgão tem editado durante décadas normas sobre a isenção do imposto de renda relacionada aos rendimentos recebidos, inclusive sobre a complementação da aposentadoria, reforma ou pensão e previdência privada por portadores de doenças graves, conforme poderá ser constatado na Instrução Normativa RFB nº 150046, de 30/10/2014, senão vejamos:

[...]

### CAPÍTULO III

#### DOS RENDIMENTOS ISENTOS OU NÃO TRIBUTÁVEIS

##### Seção I

##### **Dos Rendimentos Originários do Trabalho e Assemelhados**

Art. 5º São isentos ou não se sujeitam ao imposto sobre a renda, os seguintes rendimentos originários do trabalho e assemelhados:

---

46 BRASIL. Secretaria da Receita Federal. **Instrução Normativa RFB nº 1500, de 29/10/2014**, publicada no DOU de 30/10/2014, seção 1, página 57. Dispõe sobre normas gerais de tributação relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas. Disponível em: <https://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 30/10/2014.

I – [...]

X - contribuições para Plano de Poupança e Investimento (Pait), cujo ônus tenha sido do empregador, em favor do participante;

XI - contribuições pagas pelos empregadores relativas a programas de previdência complementar em favor de seus empregados e dirigentes;

XII - contribuições pagas pelos empregadores relativas ao Fundo de Aposentadoria Programada Individual (Fapi), destinadas a seus empregados e administradores, a que se refere a Lei nº 9.477, de 24 de julho de 1997;

[...]

## **Seção II**

### **Dos Rendimentos Pagos por Previdências**

Art. 6º São isentos ou não se sujeitam ao imposto sobre a renda, os seguintes rendimentos originários pagos por previdências:

I - os provenientes de aposentadoria e pensão, de transferência para a reserva remunerada ou de reforma pagos pela Previdência Social da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, por qualquer pessoa jurídica de direito público interno ou por entidade de previdência complementar, a partir do mês em que o contribuinte completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, até o valor mensal constante das tabelas do Anexo I a esta Instrução Normativa, observado o disposto nos §§ 1º a 3º, aplicando-se as tabelas progressivas do Anexo II a esta Instrução Normativa sobre o valor excedente;

II – proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos por pessoas físicas com moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados de doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida

(Aids), e fibrose cística (mucoviscidose), comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, devendo ser fixado o prazo de validade do laudo pericial no caso de moléstias passíveis de controle, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma, observado o disposto no § 4º; (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1756, de 31 de outubro de 2017)

III - valores recebidos a título de pensão, quando o beneficiário desse rendimento estiver acometido de doença relacionada no inciso II do caput, exceto a decorrente de moléstia profissional, comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, devendo ser fixado o prazo de validade do laudo pericial no caso de moléstias passíveis de controle, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da concessão da pensão, observado o disposto no § 4º; (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1756, de 31 de outubro de 2017)

Por sua vez, a Instrução Normativa nº 1.75647, de 31/10/2017, alterou a Instrução Normativa RFB nº 1.500, de 29 de outubro de 2014, notadamente o art. 6º, inciso II, §4º, incisos II e III, que disciplinam sobre a isenção do imposto de renda nos rendimentos dos portadores de doenças graves, inclusive da complementação de aposentadoria, senão vejamos:

[...]

Art. 6º

[...]

II – proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos por pessoas físicas com moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados de doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida

---

47 BRASIL. Secretaria da Receita Federal. **Instrução Normativa RFB nº 1756, de 31/10/2017**, publicada no DOU de 06/11/2017, seção 1, página 74 Altera a Instrução Normativa RFB nº 1.500, de 29 de outubro de 2014, que dispõe sobre normas gerais de tributação relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 07/11/2017.

(Aids), e fibrose cística (mucoviscidose), comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, devendo ser fixado o prazo de validade do laudo pericial no caso de moléstias passíveis de controle, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma, observado o disposto no § 4º;

III - valores recebidos a título de pensão, quando o beneficiário desse rendimento estiver acometido de doença relacionada no inciso II do caput, exceto a decorrente de moléstia profissional, comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, devendo ser fixado o prazo de validade do laudo pericial no caso de moléstias passíveis de controle, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da concessão da pensão, observado o disposto no § 4º;

[...]

VI - pensão especial recebida por pessoa física com deficiência física conhecida como "Síndrome da Talidomida", quando dela decorrente;

[...]

§ 4º [...]

[...]

II - aos rendimentos recebidos acumuladamente por pessoa física com moléstia grave, desde que correspondam a proventos de aposentadoria, reforma ou pensão, ainda que se refiram a período anterior à data em que foi contraída a moléstia grave; e

III - à complementação de aposentadoria, reforma ou pensão recebida por pessoa física com moléstia grave (grifo nosso).

[...]

§ 5º [...]

[...]

II - a qualificação da pessoa física com moléstia grave;

III - o diagnóstico da moléstia (descrição; CID-10; elementos que o fundamentaram; a data em que a pessoa física é considerada com moléstia grave, nos casos de constatação da existência da doença em período anterior à emissão do laudo);

IV – caso a moléstia seja passível de controle, o prazo de validade do laudo pericial ao fim do qual a pessoa física com moléstia grave provavelmente esteja assintomática; e

Ainda, a fim de que o leitor possa melhor efetuar sua análise interpretativa, discorreremos de maneira pormenorizada sobre as modalidades dos planos PGBL e VGBL<sup>48</sup> comparando a utilização e as consequências sobre os referidos planos.

De maneira que aqueles contribuintes que não estão enquadrados com isenção do imposto de renda, o Plano PGBL, ao possibilitar abater até 12% da sua renda tributável como benefício fiscal, estará reduzindo a sua base de cálculo para cálculo do imposto devido, exemplificando, caso haja um rendimento tributável até 31 de dezembro do ano-calendário no valor de R\$100.000,00, aplicando o percentual de 12% (doze por cento), resultará o valor de R\$12.000,00, cuja base de cálculo do imposto devido importa o valor de R\$88.000,00.

De sorte que o Plano PGBL em relação à tabela de tributação apresenta duas faces de uma mesma moeda, podendo ser progressiva ou regressiva<sup>49</sup>.

A primeira, isto é, progressiva, é mais interessante no caso de se resgatarem valores menores ou de se efetuarem aportes num prazo curto limitado em 12% da renda tributável anual, além da elevada carga tributária que poderá onerar o orçamento.

Por sua vez, a modalidade PGBL progressiva está condicionada ao regime progressivo de tributação com base na “Tabela Progressiva Mensal do Imposto de Renda da Pessoa Física”, quando dos resgates.

Nesse caso, será aplicada a alíquota de 15% (quinze por cento) sobre o valor total recebido cujo imposto será retido pela instituição de previdência complementar, inclusive o valor do imposto retido na fonte poderá ser compensado com montante do imposto a

---

48 ALMEIDA, Edson Sebastião de. **PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR: Saiba sobre à isenção do imposto de renda na moléstia grave no plano PGBL e qual a melhor opção para quem deve pagar o imposto é o PGBL ou VGBL?** Vídeo de apresentação divulgado em 29/3/2021 na plataforma do Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com.br>. Acesso em: 29/3/2021.

49 ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Previdência Complementar: PEC nº 6/2019, no Contexto Previdenciário Atual e a Tributação do Imposto de Renda.** São Paulo: Revista SÍNTESE Direito Previdenciário, Ano 19, nº 94 (jan/fev. 2020), p. 55-57.



pagar quando da entrega da Declaração do IRPF de Ajuste Anual, bem como poderá ser utilizado o benefício fiscal até o limite de 12% (doze por cento) da renda bruta anual, da base de cálculo do IRPF anual, quando da entrega da referida declaração.

Já a segunda, ou seja, regressiva, está condicionada à “Tabela Regressiva do Imposto de Renda”, com isso, quanto mais tempo o recurso ficar depositado, a alíquota de imposto será menor quando do resgate.

Entretanto, na incidência regressiva o imposto de renda é considerado definitivo, isso significa dizer que não serão sujeitos de compensação quando da Declaração do IRPF Ajuste Anual, pois seus rendimentos serão considerados “Rendimentos Sujeitos à Tributação Exclusiva”, sendo o valor do imposto retido informado na DIRPF. Por sua vez, a concessão do benefício de 12% (doze por cento) poderá ser utilizada pelo contribuinte.

Também, na modalidade do Plano VGBL há duas formas de tributação do imposto de renda, ou seja, uma progressiva e outra regressiva<sup>50</sup>. Na tributação progressiva, a incidência do imposto dar-se-á no ato do recebimento, conforme “Tabela Progressiva Mensal do Imposto de Renda da Pessoa Física”, cuja base de cálculo do imposto será tão somente sobre o rendimento do valor auferido, vale dizer que não incide sobre o valor principal, apenas sobre os rendimentos (correções), ou seja, o capital.

No resgate adotando a tributação progressiva sobre o valor haverá incidência à alíquota de 15% (quinze por cento) do imposto de renda, repisando, cuja base de cálculo será sobre os rendimentos (correções), ocasião em que o imposto de renda será retido na fonte pela instituição da previdência complementar.

Na Declaração do Imposto de Renda de Ajuste Anual, o valor retido na fonte é passível de compensação, ressalva-se que no caso do Ajuste Anual entre a diferença da alíquota de 27,5% (vinte e sete inteiros e cinco décimos) e os 15% (quinze por cento) já pagos, na retenção, a diferença será complementada sem deduções.

Entretanto, caso o valor do resgate seja inferior ao limite da isenção, não tendo nenhum rendimento tributável além do resgate na previdência complementar, o contribuinte terá direito à restituição integral do valor que lhe foi retido, a título de antecipação do imposto devido.

Por outro lado, na modalidade do Plano VGBL, tributação regressiva, o imposto retido na fonte é considerado tributação definitiva, cujos rendimentos serão lançados na

---

<sup>50</sup> Op. Cit, p. 53-54.

rubrica da DIRPF “Rendimentos Sujeitos à Tributação Exclusiva/Definitiva”; isso significa dizer que não serão sujeitos de compensação quando da Declaração do IRPF Ajuste Anual.

Observa-se que a base de cálculo para fins de retenção segue a mesma regra constante da tributação regressiva mencionada na modalidade do Plano PGBL, porém, no Plano VGBL, tributação regressiva, não existe a concessão do benefício fiscal para o cálculo do IRPF, até o limite de 12% (doze por cento) da renda tributável.

Diante do exposto, não há dúvidas de que nos termos da Solução de Consulta Cosit nº 152/2016 esta reconhece a isenção do IRPF nos resgates dos rendimentos dos portadores de doenças graves que possuem contratos com empresa da previdência privada na modalidade de Plano PGBL.

**PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR  
MODALIDADES PGBL E VGBL**

TABELA PROGRESSIVA                      TABELA REGRESSIVA



Base de Cálculo (R\$)	Aliquota (%)	Parcela a deduzir do IRPF (R\$)
Até 22.847,76	-	-
De 22.847,77 até 33.919,80	7,5	1.713,58
De 33.919,81 até 45.012,60	15	4.257,57
De 45.012,61 até 55.976,16	22,5	7.633,51
Acima de 55.979,16	27,5	10.432,32

Tabela de alíquotas regressivas de imposto de renda	
Prazo	Aliquota
Até 2 anos	35%
A partir de 2 anos até 4 anos	30%
A partir de 4 anos até 6 anos	25%
A partir de 6 anos até 8 anos	20%
A partir de 8 anos até 10 anos	15%
Acima de 10 anos	10%

Por outro lado, a Solução de Consulta Cosit nº 152/2016 não reconhece para fins de isenção a modalidade de Plano VGBL, por entender que ele não é um plano de previdência complementar por se enquadrar no ramo de seguro de pessoas, sujeitando-se ao imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual, mesmo que o beneficiário de tais rendimentos seja portador de moléstia grave.

De maneira que o art. 3351, da Lei nº 9.250, de 26/12/1995, publicada no DOU de 27/12/1995, estabelece que: “Sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte e na

51 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, publicada no DOU de 27/12/1995.** Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/04/2015.

declaração de ajuste anual os benefícios recebidos de entidade de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições.” Essa é a regra geral, não se confunde com hipótese de incidência tributária, não tributada, amparada com isenção do imposto de renda.

Os rendimentos tributáveis do trabalho assalariado e assemelhados, referentes aos benefícios recebidos de entidades de previdência privada, foram previstos no inciso XIV, art. 43, do Decreto nº 3.000/1999, que aprovou o RIR, bem como as importâncias correspondentes aos resgates foram previstos no art. 39, XXXVIII; este dispositivo legal estabelece sobre rendimentos isentos ou não tributáveis nos resgates de contribuições de previdência privada quando recebido por ocasião do desligamento do contribuinte do plano de benefício da previdência privada (Lei nº 9.250, de 1995).

No que diz respeito à Lei nº 7.713, de 22/12/1988, na qual constam os incisos XIV e XXI, sobre as doenças graves isentas do imposto de renda, podemos observar alterações que durante vários anos não constaram nas previsões legais previstas no RIR, bem como podemos ver na redação dada pela Lei nº 11.052/2004 que nada constou.

Também, observa-se que os aspectos legais previstos no art. 39, incisos XXXI e XXXIII, combinados com os §§4º, 5º e 6º, do Decreto nº 3.000, de 26/03/1999<sup>52</sup>, que aprovou o RIR, tratam sobre os rendimentos isentos e não tributados em relação às condições para isenção do imposto de renda aos portadores de doenças graves, inclusive aplica-se aos rendimentos de previdência complementar.

Aliás, também menciona o citado inciso o rol das doenças graves, em seguida incluindo, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma.

Vale mencionar que o Autor, mesmo com uma vasta documentação atestando a doença, encontrou dificuldades na SRFB, necessitando interpor ação junto ao TRF e, após Acórdão favorável transitado em julgado, em Defesa protocolada em 2018, o Delegado da DRF, Salvador, não reconheceu ser o Autor portador de doença grave.

Vale esclarecer que, com o novo diploma legal do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 9.580, de 22/11/2018, no que diz respeito aos rendimentos isentos ou não tributados, referentes aos portadores de doenças graves e aos rendimentos sobre a complementação de aposentadoria, reforma ou pensão estão previstos no atual RIR/2018, no artigos 35, inciso II, alíneas “b” e “c” e, inciso III, combinados com os §§3º e 4º, cuja

---

<sup>52</sup> FERREIRA, Antonio Airton. **Regulamento do imposto de renda 1999 anotado e comentado atualizado até 30 de abril de 2010**. 13 ed. São Paulo: FISCOsoft, 2010, p. 164-190.

redação é *ipsis litteris* ao art. 39, incisos XXXI e XXXIII, combinados com os §§4º, 5º e 6º, do Decreto nº 3.000/1999, que aprovou o revogado diploma legal.

De maneira que, no que diz respeito aos rendimentos isentos e não tributados do RIR/201853, em relação aos portadores de doenças graves e aos rendimentos sobre a complementação de aposentadoria, reforma ou pensão, o art. 35, inciso II, alíneas “b” e “c” e, inciso III, §§3º e 4º, estabelece:

Art. 35. São isentos ou não tributáveis:

II - os seguintes rendimentos pagos pelas previdências públicas e privadas:

[...]

b) os proventos de aposentadoria ou reforma motivadas por acidente em serviço e aqueles percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de **Parkinson**, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados de doença de **Paget** (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida e fibrose cística (mucoviscidose), com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou da reforma (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, **caput**, inciso XIV; e Lei nº 9.250, de 1995, art. 30, § 2º);

c) os valores recebidos a título de pensão, quando o beneficiário desse rendimento for portador de doença relacionada na alínea “b”, exceto aquela decorrente de moléstia profissional, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após a concessão da pensão (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, **caput**, inciso XXI);

[...]

§ 3º Para o reconhecimento das isenções de que tratam as alíneas “b” e “c” do inciso II do **caput**, a moléstia será comprovada mediante

---

53 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 9.580, de 22/11/2018, publicado no DOU de 23/11/2018.** Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em: <https://www.planlato.gov.br>. Acesso em: 30/11/2018.

laudo pericial emitido por serviço médico oficial da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que fixará o prazo de validade do laudo pericial, na hipótese de moléstias passíveis de controle (Lei nº 9.250, de 1995, art. 30, **caput**, e § 1º).

§ 4º As isenções a que se referem as alíneas “b” e “c” do inciso II do **caput** aplicam-se:

I - aos rendimentos recebidos a partir:

a) do mês da concessão da aposentadoria, da reforma ou da pensão, quando a doença for preexistente;

b) do mês da emissão do laudo pericial, emitido por serviço médico oficial da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, que reconhecer a moléstia, se esta for contraída após a concessão da aposentadoria, da reforma ou da pensão; ou

c) da data em que a doença foi contraída, quando identificada no laudo pericial;

II - aos rendimentos recebidos acumuladamente por portador de moléstia grave atestada por laudo médico oficial, desde que correspondam a proventos de aposentadoria, reforma ou pensão, ainda que se refiram a período anterior à data em que foi contraída a moléstia grave; e

III - à complementação de aposentadoria, reforma ou pensão.

Ainda, sobre os rendimentos tributáveis do trabalho e assemelhados, inclusive os rendimentos de pensões, proventos, conforme o disposto no art. 43, do Decreto nº 3000, de 26/3/1999, do revogado diploma legal do Imposto de Renda e de benefícios recebidos da previdência privada<sup>54</sup>, entendemos como regra geral, por sua vez, o Decreto nº 9.580, de 22/11/2018, publicado no DOU de 23/11/2018<sup>55</sup>, que aprovou atual diploma legal do

---

<sup>54</sup> FERREIRA, Antonio Airton. **Regulamento do imposto de renda 1999 anotado e comentado atualizado até 30 de abril de 2010**. 13 ed. São Paulo: FISCOsoft, 2010, p. 194-221.

<sup>55</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 9.580, de 22/11/2018, publicado no DOU de 23/11/2018**. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/11/2018.

Imposto de Renda; em relação aos benefícios recebidos da previdência privada o art. 36, XIV estabelece:

Art. 36. São tributáveis os rendimentos provenientes do trabalho assalariado, as remunerações por trabalho prestado no exercício de empregos, cargos e funções, e quaisquer proventos ou vantagens percebidos, tais como (Lei Complementar nº 109, de 2001, art. 68; Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 14; Lei nº 4.506, de 1964, art. 16; Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 4º; Lei nº 8.383, de 1991, art. 74; Lei nº 9.250, de 1995, art. 33; Lei nº 9.532, de 10 dezembro de 1997, art. 11, § 1º; e Lei nº 12.663, de 2012, art. 46):

I - salários, ordenados, vencimentos, soldos, soldadas, vantagens, subsídios, honorários, diárias de comparecimento, bolsas de estudo e de pesquisa e remuneração de estagiários;

[...]

XIV - os benefícios recebidos de entidades de previdência privada e as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições, observado o disposto na alínea "i" do inciso II do caput do art. 35;

No que diz respeito aos aportes e resgates dos saldos existentes junto à previdência complementar, a redação originária da Lei nº 7.713, de 22/12/1988<sup>56</sup>, estabeleceu a isenção do imposto às pessoas físicas, senão vejamos:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

[...]

VII – os benefícios recebidos de entidades de previdência privada:

- a) quando em decorrência de morte ou invalidez permanente do participante;
- b) relativamente ao valor correspondente às contribuições cujo ônus tenha sido do participante, desde que os rendimentos e ganhos

---

56 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **AgRg Recurso Especial nº 1.144.661 – SC (2009/013544-0)**. Agravante: Fazenda Nacional, Agravado: Juliana Maes Hildebrand Perini. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07/06/2011.

de capital produzidos pelo patrimônio da entidade tenham sido tributados na fonte;

No entanto, por meio da Lei nº 9.250/1995, de 26/12/1995, publicada no DOU de 27/12/1995, foi modificado o inciso VII, art. 6º, da Lei nº 7.713/1988, que tratava sobre isenção em relação à previdência privada, enquanto o art. 33, da mencionada lei impôs a incidência do imposto de renda, inclusive nos resgates das contribuições.

Ainda, as alterações introduzidas por meio da Lei nº 9.250/1995 foram editadas com a devida vênia no intuito de que a Secretaria da Receita Federal do Brasil, Procuradoria-Geral da Fazenda e instituições financeiras da previdência privada sustentassem a incidência do imposto de renda nos resgates dos rendimentos dos portadores de doenças graves.

Com isso, não trataram como benefício fiscal a Lei nº 7.713/1988, no que diz respeito à isenção, ou seja, não adotando corretamente a função social do tributo na satisfação dos interesses coletivos, numa afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), dos valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, da CF/1988) e da igualdade (art. 5º, caput, da CF/1988) e não utilizando o recurso hermenêutico de uma interpretação sistêmica, repisamos, a referida alteração da citada lei está prevista no art. 43, XIV, do antigo Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.00058, de 26/03/1999, publicado no DOU de 17/6/1999.

---

57 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, publicada no DOU de 27 de dezembro de 1995.** Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Brasília (DF). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 de abril de 2012. A alteração do art. 32, sobre a isenção prevista no art. 6º, inciso XIV, que estabelece:

“Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

[...]

VII - os seguros recebidos de entidades de previdência privada decorrentes de morte ou invalidez permanente do participante”

Já, o art. 33, estabelece:

“Art. 33 – Sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual os benefícios recebidos de entidade de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições”

58 FERREIRA, Antonio Airton. **Regulamento do Imposto de Renda 1999, anotado e comentado:** atualizado até 30 de abril de 2010. 13 ed. Volume 1. São Paulo: FISCOSoft, 2010, p. 112-193. O RIR/1999, sobre os portadores de doenças graves, estabelece:

[...]

### **Pensionistas com Doenças Grave**

XXXI – os valores recebidos a título de pensão, quando o beneficiário desse rendimento for portador de doença relacionada no inciso XXXIII deste artigo, exceto a decorrente de moléstia profissional, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após a concessão da pensão (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso XXI, e Lei nº 8.541, de 1992, art. 47);

[...]

### **Proventos de Aposentadoria por Doença Grave**

XXXIII – os proventos de aposentadoria ou reforma, desde que motivadas por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados de doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida, e fibrose cística (mucoviscidose), com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso XIV, Lei nº 8.541, de 1992, art. 47, e Lei nº 9.250, de 1995, art. 30, §2º);

[...]

### **Resgate de Contribuições de Previdência Privada**

XXXVIII – o valor de resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefício da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995 (Medida Provisória nº 1.749-37, de 11 de março de 1999, art. 6º);

[...]

### **Seguro e Pecúlio**

XLIII – o capital das apólices de seguro ou pecúlio pago por morte do segurado, bem como os prêmios de seguro restituídos em qualquer caso, inclusive no de renúncia do contrato (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso XIII);

### **Seguros de Previdência Privada**

XLIV - os seguros recebidos de entidades de previdência privada decorrentes de morte ou invalidez permanente do participante (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso VII, e Lei nº 9.250, de 1995, art. 32);

[...]

§4º Para o reconhecimento de novas isenções de que tratam os incisos XXXI e XXXIII, a partir de 1º de janeiro de 1996, a moléstia deverá ser comprovada mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, devendo ser fixado o prazo de validade do laudo pericial, no caso de moléstias passíveis de controle (Lei nº 9.250, de 1995, art. 30 e §1º),

§5º As isenções a que se referem os incisos XXXI e XXXIII aplicam-se aos rendimentos recebidos a partir:

I - do mês da concessão da aposentadoria, reforma ou pensão;

II - do mês da emissão do laudo ou parecer que reconhecer a moléstia, se esta for contraída após a aposentadoria, reforma ou pensão;

III - da data em que a doença foi contraída, quando identificada no laudo pericial.



Diante disso, repisa-se que o RIR/1999 foi revogado por meio do Decreto nº 9.580/2018, de 22/11/2018, publicado no DOU de 23/11/2018, isto é, também conflitante com decisões da justiça e de normas da própria SRFB, no que diz respeito aos rendimentos da previdência privada complementar dos portadores de doenças graves.

Nesse sentido, o novo Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 9.580, de 22/11/2018, no Capítulo II, sobre Rendimentos Isentos e Não Tributáveis, no seu art. 35, que trata sobre normas relacionadas aos portadores de doenças graves, repisamos, em nada mudou.

Pois somos sabedores de que os diplomas são editados com objetivo de explicitarem as leis, se estas, a exemplo da Lei nº 7.713/1988, que requer mudanças e não foram feitas, após 32 (trinta e dois) anos da sua edição, óbvio que, nesse caso, o diploma legal do Imposto de Renda continuará explicitando normas fora da realidade do contexto em que vivemos, repisa-se, contrariando inclusive as sucessivas decisões dos tribunais do País, garantindo ao portador de doença grave a isenção do imposto de renda nos rendimentos da previdência privada complementar.

Por outro lado, é oportuno mencionar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.144.661-SC60 (2009/0113544-0), cujo Relator foi o Ministro Cesar Asfor Rocha, com base na Lei nº 7.713/1988 e o Decreto nº 3.000/1999, que aprovou o RIR, reconheceu a isenção do

---

§6º As isenções de que tratam os incisos XXXI e XXXIII **também se aplicam à complementação de aposentadoria, reforma ou pensão (grifo nosso).**

59 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018, publicado no DOU de 23 de novembro de 2018.** Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/11/2018.

Em relação à alínea “i”, inciso II, do art. 35, o novo diploma legal citado apenas incluiu a isenção do Imposto de Renda, nos resgates no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 1995. Enfim em nada acrescentou sobre o direito da isenção do Imposto de Renda, quando dos resgates nos planos da previdência privada efetuados pelos portadores de doenças graves, ou seja, manteve a redação do inciso XXXVIII, art. 39, do RIR/1999, senão vejamos:

“i) o valor de resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefício da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995 (Medida Provisória nº 2.159-70, de 24 de agosto de 2001, art. 7º).”

60 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg Recurso Especial nº 1.144.661 – SC (2009/013544-0).** Agravante: Fazenda Nacional, Agravado: Juliana Maes Hildebrand Perini. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07/06/2011.

imposto de renda aos portadores de doenças graves nos rendimentos e resgates da previdência complementar; observem:

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.144.661 - SC (2009/0113544-0)**

RELATOR: MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA

AGRAVANTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL  
AGRAVADO: JULIANA MAES HILDEBRAND PERINI

ADVOGADO: VANESSA HUPPES RIPOLL

**EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. RESGATE DE CONTRIBUIÇÕES EFETUADAS EM FAVOR DE ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA. ART. 6º, INCISOS VII E XIV, DA LEI N. 7.713/1988. LEI N. 9.250/1995 E DECRETO N. 3.000/1999 (RIR/99).

– A isenção, ou não, do imposto de renda pertinente aos recolhimentos em favor de entidades de previdência privada e aos respectivos resgates, até o ano de 1995, foi disciplinada nos artigos 6º, inciso VII, da Lei n. 7.713/1998, 32 e 33 da Lei n. 9.250/1995.

– A Primeira Seção, no julgamento do REsp n. 1.012.903/RJ, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, decidiu que, "por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, b, da Lei 7.713/88, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei 9.250/95, é indevida a cobrança de imposto de renda sobre o valor da complementação de aposentadoria e o do resgate de contribuições correspondentes a recolhimentos para entidade de previdência privada ocorridos **no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995**".

– O inciso XIV do art. 6º da Lei n. 7.713/1989 cuida da isenção, apenas, em relação aos "proventos de aposentadoria ou reforma", motivada por acidente em serviço, e os percebidos pelos portadores das doenças graves relacionadas (redação original e alterações das Leis n. 8.541/1992, 9.250/1995 e 11.052/2004), não se aplicando aos

recolhimentos ou resgates envolvendo entidades de previdência privada.

– A partir da publicação do Decreto n. 3.000, de 26.3.1999 (DOU de 17.6.1999), a isenção prevista no inciso XIV do art. 6º da Lei n. 7.713/1989 (inciso XXXIII do art. 39 do Decreto) foi estendida às parcelas pertinentes à complementação de aposentadoria relacionada à previdência privada, quanto aos portadores das doenças graves relacionadas. Precedente da Segunda Turma.

– Agravo regimental acolhido parcialmente para dar parcial provimento ao recurso especial, reconhecendo como indevida, apenas, a cobrança do imposto de renda sobre o valor do resgate de contribuições correspondentes aos recolhimentos para a entidade de previdência privada **ocorridos no período de 1º.1.1989 a 31.12.1995 e a partir da edição da publicação do Decreto n. 3.000/1999 (DOU de 17.6.1999).**

– Diante da sucumbência recíproca, as custas e os honorários advocatícios, estes de 10% sobre o valor da condenação, devem ser proporcionalmente distribuídos, compensadas as verbas honorárias entre si (enunciado n. 306 da Súmula desta Corte), observada, ainda, a gratuidade de justiça deferida em primeiro grau à autora.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher em parte o agravo regimental para dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, sem destaque. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 24 de maio de 2011(data do julgamento).

**MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA**

**Relator**

Assim, a interpretação sistêmica dos Acórdãos lavrados em nossos tribunais requer uma análise sobre o dispositivo do Acórdão do AgRg no Recurso Especial nº 1.144.661 - SC (2009/0113544-0), bem como sobre o Relatório do Ministro Cesar Asfor Rocha.

De sorte que o Autor, quando retornou ao judiciário, ao interpor Ação de Repetição de Indébito Tributário, mencionou várias descrições sobre legislações, doutrinas, jurisprudências, consultas, pareceres, correspondências, declarações do imposto de renda, pagamentos do IRPF, por meio de DARF, os quais conduzem à busca do direito, o que certamente possibilitarão MM. Juízo numa tomada de decisão justa, visando a uma interpretação hermenêutica da *mens legis*, em outras palavras, a finalidade da lei.

Em resumo, observa-se que o Autor procurou buscar o direito a que pretende sobre a indevida retenção do imposto de renda por parte da instituição financeira de previdência privada complementar, cujo imposto de renda foi retido nos rendimentos pagos do Autor na condição de portador de doença grave (neoplasia maligna), o qual está isento do imposto de renda na atividade, inatividade e, em relação aos rendimentos da Previdência Complementar, com Plano na modalidade PGBL, atualmente sem nenhuma dúvida como posicionamento da PGFN e vinculação da SRFB, que estudaremos neste trabalho.

Em outras palavras, exaustivamente mostramos serem indevidos tanto na retenção na fonte quanto na complementação quando da entrega de Ajuste Anual da DIRPF, que poderá ser constatado na vasta legislação, doutrina, jurisprudência e fato concreto que fazem parte das peças da Ação de Repetição de Indébito Tributário cc Tutela Antecipada de Urgência, tramitando no TRF, Seção Judiciária da Bahia.

De maneira que, mostraremos hipoteticamente, que um determinado contribuinte tenha efetuado um resgate no ano-calendário de 2020, com rendimento (aporte + correções) cujo contrato firmado com a instituição financeira da previdência complementar foi no plano na modalidade PGBL, e não sendo o contribuinte portador de doença grave, obteremos os cálculos para pagamento do IRPF, a seguir:

#### 1 - Declaração de Ajuste Anual – Opção pelas Deduções Legais

- Deduções do IR administradas pela SRF
  - ✓ Tabela Progressiva: R\$10.432,32
- Informe de Rendimentos Tributáveis na Declaração de Ajuste Anual, rubrica plano PGBL:
  - ✓ Rendimentos de Resgates e Benefícios – R\$522.471,08

✓ Imposto de Renda Retido na Fonte – R\$78.370,66

- Deduções Legais

✓ Despesas Médicas: R\$9.463,52

✓ Previdência Complementar:

Plano PGBL – 12% sobre R\$522.471,08 R\$62.696,52

Base de Cálculo (1): R\$450.311,04

- Cálculo do Imposto Tabela Progressiva

$R\$450.311,04 \times 27,5\% / 100 = R\$123.835,53 - R\$10.432,32 = R\$113.403,21$

Imposto Devido (2) R\$113.403,21

IR na Fonte Pago R\$ 78.370,66

IR A PAGAR R\$ 35.032,55

- DARF do IRPF pago em 31/5/2021

✓ Vencimento: 31/5/2021

✓ Valor do Imposto: R\$35.032,55

✓ Valor Total: R\$35.032,42

## 2 – Fator de Tributação

a) Alíquota de 27,5%

$$FT = (100 - 27,5) = 72,50\%$$

$$FT = (1 - 0,275) = 0,725$$

b) Alíquota de 15%

$$FT = (100 - 15) = 85\%$$

$$FT = (1 - 0,15) = 0,85$$

## 3 – Reajustes e Deduções Legais concedidos pela União para fins de cálculo do IRPF

- a) Reajuste da tabela progressiva para cálculo do IRPF com base na alíquota de 27,5%

Ano-Calendário 2015 – R\$10.302,70

Ano-Calendário 2020 – R\$10.432,32

Em relação à tabela do IRPF, observa-se que desde 2015 o reajuste foi mantido com o coeficiente de apenas 1,2581%, a saber:  $10.432,32 - 10.302,70 = 129,62$   $129,62 * 100 / 10.302,70 = 1,2581\%$ . Conclui-se que:  $10.302,70 * 1,2581 = 129,62 + 10.302,70 = 10.432,32$ .

- b) Deduções legais (benefício fiscal)

Ano-Calendário 2020 – R\$62.696,52

#### 4 – Cálculo da Carga Tributária – CT

- ✓ EQUAÇÃO:  $CT = IR \text{ Retido no Resgate} + IR \text{ Ajuste Anual Pago} \times 100 / \text{Base de Cálculo}$   
1 = Percentual da Carga Tributária

$$78.370,66 + 35.032,55 = 113.403,21 * 100 / 450.311,04 = 25\%$$

CT – 25,18%

Por sua vez, considerando, hipoteticamente, o exemplo anterior, que um determinado contribuinte tenha efetuado um resgate no ano-calendário de 2020, com o rendimento (aporte + correções), cujo contrato firmado com a instituição financeira da previdência complementar foi no plano na modalidade PGBL, e sendo o referido contribuinte portador de doença grave, ele poderá utilizar o modelo simplificado da DIRPF, caso não tenha outros rendimentos que possam ser tributáveis, utilizando o modelo mais adequado às suas receitas e despesas.

Por essa razão, no que diz respeito à previdência privada complementar, esta ficará obrigada a emitir no final do exercício o “Informe de Rendimentos Financeiros, Imposto de Renda-Pessoa Física”, indicando o valor do resgate no quadro “Rendimentos isentos e não tributáveis” na rubrica “Pensão, pecúlio e proventos de aposentadoria ou reforma recebidos por moléstia grave” na coluna “Plano PGBL”, o valor total dos resgates, por esse motivo, proporcionando ao portador de doença grave efetuar o preenchimento da DIRPF, utilizando o item denominado “Rendimentos isentos e não tributáveis”.

Em relação ao exemplo hipotético demonstrado anteriormente, nosso objetivo foi mostrar ao leitor, por um lado a elevada carga tributária existente na modalidade do plano PGBL, quando o contribuinte é obrigado a pagar o IRPF, por outro lado, em relação aos portadores de doenças graves mostramos as obrigações das instituições financeiras a fim de que o contribuinte venha preencher a DIRPF, desonerado da carga tributária; bem como dando ao leitor uma noção sobre os prós e os contras no que diz respeito à utilização dos planos nas modalidades PGBL e VGBL.

Enfim, o leitor poderá observar, os exemplos os quais nos referimos anteriormente, no sentido de que se tenha uma melhor compreensão por meio dos demonstrativos, a seguir:

COMPARATIVO SOBRE OS EFEITOS DA TRIBUTAÇÃO DO PLANO PGBL E VGBL COM INCIDÊNCIA DO IRPF NOS RESGATES	
PLANO MODALIDADE PGBL	PLANO MODALIDADE VGBL
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tributação Progressiva</li> <li>✓ Base de Cálculo: aporte (investimento) + rendimentos (capital);</li> <li>✓ IR Retido: 15%</li> <li>✓ Incentivo Fiscal: abatimento limite de 12% sobre o valor tributável, cujo cálculo é efetuado pelo próprio programa da SRFB, previsto para Declaração Formulário Completo "opção pelas deduções legais, cujos aportes serão lançados em "Pagamentos Efetuados e Doações Efetuadas", código 36.</li> <li>✓ Cálculo do IR no Resgate: <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Valor Bruto: <math>R\\$10.000,00/85\%=R\\$11.764,70</math></li> <li>▪ IR Fonte (IRF): <math>R\\$11.764,70*15\%=R\\$1.764,70</math></li> <li>▪ Valor Líquido a receber: <math>R\\$11.764,70*85\%=R\\$10.000,00</math></li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tributação Progressiva</li> <li>✓ Base de Cálculo: O IR é retido apenas pelos rendimentos (capital);</li> <li>✓ IR Retido: 15%</li> <li>✓ Incentivo fiscal de 12%, poderá ser utilizado.</li> <li>✓ IR Retido: é passível de ser compensado na DIRPF;</li> <li>✓ Cálculo do IR no Resgate: <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <math>R\\$10.000,00-5.000,00=5.000,00/85\%=R\\$5.882,35</math></li> <li>▪ IR Fonte (IRF): <math>R\\$5.882,35*15\%=R\\$882,35</math></li> <li>▪ Valor Líquido a receber: <math>R\\$5.882,35*85\%=5.000,00+5.000,00=R\\$10.000,00</math></li> </ul> </li> </ul>

## PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR MODALIDADES PGBL E VGBL

### PLANO MODALIDADE PGBL

- Tributação Regressiva
- ✓ Base de Cálculo: aporte (investimento) + rendimentos (capital);
- ✓ IR Retido:
- Com base na Tabela Regressiva alíquota é menor quanto mais tempo o recurso ficar investido;
- Os valores retidos são considerados definitivos não passíveis de compensação e não deverá ser informado na DIRPF;
- Na Declaração do IRPF de Ajuste Anual os rendimentos serão considerado "Rendimentos Sujeitos à Tributação Exclusiva";
- ✓ Incentivo Fiscal: abatimento limite de 12% sobre o valor tributável, cujos aportes serão lançados em "Pagamentos Efetuados e Doações Efetuadas", código 36;
- ✓ Cálculo do IR no Resgate mais de 6 anos até 8 anos do recurso – 20%:
- Valor Bruto:  $R\$10.000,00/80\%=R\$12.500,00$
- IR Retido na Fonte (IRF):  $R\$12.500,00*20\%=R\$2.500,00$
- Valor líquido a receber:  $R\$12.500,00*80\%=R\$10.000,00$

### PLANO MODALIDADE VGBL

- Tributação Regressiva
- ✓ Base de Cálculo: O IR é retido apenas pelos rendimentos (capital);
- ✓ IR Retido:
- Com base na Tabela Regressiva alíquota é menor quanto mais tempo o recurso ficar investido;
- Os valores retidos são considerados definitivos não passíveis de compensação;
- Na Declaração do IRPF de Ajuste Anual os rendimentos serão considerado "Rendimentos Sujeitos à Tributação Exclusiva";
- ✓ Incentivo fiscal de 12%, não poderá ser utilizado.
- ✓ Cálculo do IR no Resgate mais de 8 anos até 10 anos – 15%:
- Valor Bruto:  $10.000,00-5.000,00=5.000,00/85\%=R\$5.882,35$
- IR Retido na Fonte (IRF):  $R\$5.882,35*15\%=R\$882,35$
- Valor líquido a receber:  $R\$5.882,35*85\%=5.000,00+5.000,00=R\$10.000,00$

**5 – NOTA SEI Nº 50/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, DE 13/8/2018 E NOTA SEI Nº 51/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, DE 17/11/2019, TRATAM SOBRE À ISENÇÃO DO IRPF AOS PORTADORES DE DOENÇAS GRAVES NOS RESGATES NA PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR, PGBL, EXCETO VGBL, JURISPRUDÊNCIAS PACIFICADAS DO STJ EM SENTIDO CONTRÁRIO À FAZENDA NACIONAL**

## PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR MODALIDADES PGBL E VGBL NOTA SEI Nº 50/2018 E NOTA SEI Nº 51/2019, DA PGFN COM BASE NAS JURISPRUDÊNCIAS PACIFICADAS PELO STJ



### PLANO MODALIDADE PGBL

- ✓ O STJ pacificou o direito à isenção do IR nos moléstias graves nos resgates dos rendimentos da previdência complementar no plano PGBL;
- ✓ Extensão da isenção do IRPF concedida ao portador de moléstia grave, nos termos do art. 8º, XIV, da Lei nº 7.730/98, à hipótese de resgate de contribuições vertidas ao plano PGBL de modo genérico a planos de privados de previdência complementar, sem adentrar nas especificidades de cada regime contratado;
- ✓ A Nota SEI nº 50/2018, concluiu, pela viabilidade de inclusão do tema na lista de dispensa de contestar e recorrer da PGFN, nos termos da Portaria nº 503, de 2016, tendo em vista a constatação de pacífica jurisprudência do superior Tribunal de Justiça em sentido contrário à Fazenda Nacional;
- ✓ A PGFN solicitou manifestação de vinculação da SRFB ao entendimento consagrado do STJ, a qual enviou a Nota Costi nº 224, de 2018, não apresentando qualquer óbice aos atos da PGFN, informando não ter considerações ou questionamentos acerca do alcance do cumprimento da decisão de incluir a matéria na lista de dispensa de contestar e recorrer.

### PLANO MODALIDADE VGBL

- ✓ Na Nota SEI nº 51/2019, a PGFN, explica que tanto o PGBL e o VGBL, possuem garantia de pagamento de benefício em razão da sobrevivência do participante, entretanto, possuem distinções tributárias, bem como natureza jurídica diversa;
- ✓ Os Acórdãos pacificados pelo STJ reconhecem o plano PGBL nos resgates de valores da previdência privada complementar de forma genérica, mas não reconhecem os resgates de valores do plano VGBL, por ser de natureza securitária, isto é, seguro de vida cujo objetivo é o pagamento de uma indenização ao segurado.



O Autor, discorreu nas razões de direito da Ação de Repetição de Indébito tributário, a qual nos referimos neste trabalho sobre o reconhecimento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no que diz respeito à isenção do imposto de renda nos resgates dos rendimentos no Plano PGBL da previdência privada complementar dos portadores de doenças graves, nos termos da Nota SEI nº 50/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 14/8/2018, bem como da Nota SEI nº 51/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, de 17/11/2019.

Nesse sentido, significa dizer que é assegurado o direito da isenção do imposto de renda, considerando que STJ pacificou o referido direito da isenção ao portador de doença grave nos resgates dos rendimentos da previdência privada complementar no Plano na modalidade PGBL, Benefício da Aposentadoria da Previdência Complementar especificada no art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713, de 1988 e art. 39, §6º, o qual menciona que as isenções previstas nos incisos XXXI e XXXIII do Decreto nº 3.000, de 26/03/1999, também se aplicam à complementação de aposentadoria, reforma ou pensão.

Ainda, repisamos que os mencionados dispositivos legais pacificados pelo STJ, estão previstos no novo diploma legal aprovado pelo Decreto nº 9.580, de 22/11/2018, no artigo 35, inciso II, alíneas "b" e "c" e, inciso III, combinados com os §§3º e 4º, cuja redação é *ipsis litteris* ao art. 39, incisos XXXI e XXXIII, combinados com os §§4º, 5º e 6º, do Decreto nº 3.000/1999, que aprovou o revogado diploma legal.

Por outro lado, a Nota SEI nº 51/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, de 17/11/2019, em resposta a uma consulta da Coordenação-Geral da Representação Judicial pelo Procurador-Chefe da Defesa na 4ª Região, mantém o posicionamento sobre a isenção do imposto de renda ao portador de doença grave nos resgates dos rendimentos na previdência privada complementar no Plano na modalidade PGBL, Benefício da Aposentadoria da Previdência Complementar, bem como pela inclusão do tema na lista de dispensa de contestar e recorrer da PGFN, entretanto, explica que o mencionado direito não abrange o resgate de valores de planos VGBL, por ser natureza de seguro de vida.

### **5.1 – Nota SEI nº 50/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 13/8/2018**

A Nota SEI nº 50/2018, de 14/8/2018, reconhece a isenção do imposto de renda nos resgates dos rendimentos no Plano PGBL da previdência privada complementar dos portadores de doenças graves o qual está em simetria com nossa tese jurídica do Autor embasada no direito<sup>61</sup> à isenção do imposto de renda nos resgates dos rendimentos do Plano PGBL da previdência privada complementar no que diz respeito aos resgates

---

<sup>61</sup> ALMEIDA, Edson Sebastião de. **PORTADOR DE DOENÇA GRAVE – conheça sobre o seu direito à isenção do Imposto de Renda**. Vídeo de apresentação divulgado em 7/2/2021 na plataforma do Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com.br>. Acesso em: 7/2/2021.

efetuados pelo Autor na condição de portador de doença grave (neoplasia maligna), conforme Acórdão transitado em julgado; contrato firmado com a previdência privada complementar; Solução de Consulta Cosit nº 152, de 31/10/2016; bem como das jurisprudências pátria citadas no Agravo protocolado junto ao TRF 1ª Região, pelo Autor.

Em síntese, a mencionada Nota SEI nº 50/2018 refere-se à isenção do imposto de renda pessoa física de que trata o art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 1988, cujo benefício da isenção abrange o resgate do portador de doença grave com rendimentos no Plano PGBL da previdência privada complementar de forma genérica, com jurisprudências do STJ em sentido desfavorável à Fazenda Nacional; por essa razão, propõe inclusão na lista de temas com dispensa de contestação e recursos da PGFN.

A Nota SEI nº 50/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF é originária da Coordenação de Atuação da Fazenda Nacional perante o Superior Tribunal de Justiça (CASTJ), referente à mensagem eletrônica de 2/8/2018 destinada à Coordenação-Geral de Representação Judicial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (CRJ/PGFN), sobre não interposição de recurso nos autos do REsp nº 1.554.683/PR, contra acórdão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, da seguinte ementa<sup>62</sup>:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. APOSENTADORIA COMPLEMENTAR. RESGATE. ISENÇÃO.

1. Por força do art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/1988 e do art. 39, § 6º, do Decreto nº 3.000/1999, o resgate da complementação de aposentadoria por portador de moléstia grave especificada na lei está isento do imposto de renda. Precedentes da Segunda Turma.

2. Hipótese em que o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento deste Tribunal, ao reconhecer a isenção do imposto de renda ao autor, aposentado e portador de moléstia grave (neoplasia maligna).

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1554683/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 29/06/2018)

<sup>62</sup> BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Nota SEI nº 50/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 14/8/2018**. Disponível em: <https://www.pgfn.gov.br>. Acesso em 14/9/2020.

A Nota SEI nº 50/2018, ante a consulta mencionada, examina com bastante propriedade os julgados do STJ e decisões monocráticas de vários REsp, com isso, assevera<sup>63</sup>

14. Por conseguinte, tendo em vista a consolidação da jurisprudência no âmbito do STJ e a ausência de perspectivas de uma possível reversão do entendimento desfavorável à Fazenda Nacional, a matéria ora apreciada enquadra-se na previsão do art. 2º, inciso VII, da Portaria PGFN nº 502, de 2016[7], que dispensa a apresentação de contestação, o oferecimento de contrarrazões, a interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, em temas sobre os quais exista jurisprudência consolidada do STF em matéria constitucional ou de Tribunais Superiores em matéria infraconstitucional, em sentido desfavorável à Fazenda Nacional.

De maneira que, no exame da consulta inicialmente discorre as questões fáticas e jurídicas sobre o tema que de plano o leitor entenderá os desdobramentos discorridos da citada Nota SEI nº 50/2018<sup>64</sup>, como se pode ver:

4. Discute-se no tema em foco se a isenção do Imposto de Renda Pessoa Física incidente sobre os proventos de aposentadoria ou reforma, instituída em favor aos portadores de moléstias especificadas na lei (art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988[1]), alcança o resgate das contribuições vertidas a plano de previdência complementar[2].

5. De forma mais específica, o cerne da questão está em definir se a isenção sobre a complementação de aposentadoria para os beneficiários portadores de moléstias graves, reconhecida pelo art. 39, §6º, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999[3] (e, mais recentemente, reverberada no art. 6º, §4º, III, da Instrução Normativa RFB nº 1.500, de 29 de outubro de 2014[4]), deve abarcar também os

---

63 BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Nota SEI nº 50/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 14/8/2018**. Disponível em: <https://www.pgfn.gov.br>. Acesso em 14/9/2020.

64 BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Nota SEI nº 50/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 14/8/2018**. Disponível em: <https://www.sei.fazenda.gov.br>. Acesso em 14/9/2020.

resgates (saques) das contribuições aportadas em planos de previdência privada.

6. Sob a perspectiva da Fazenda Nacional, o art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 1988, não deixa margem de dúvidas de que o benefício fiscal concedido aos portadores de moléstias graves abrange apenas os proventos de aposentadoria ou reforma, não se estendendo, dessa forma, ao mero resgate do saldo de fundo de previdência privada, em razão da interpretação literal e restrita que se deve atribuir à regra de isenção (art. 111, II, do CTN[5]).

7. Aduz a União, ainda, que a natureza jurídica do resgate não é a mesma dos proventos de aposentadoria ou reforma, já que não constituiria renda destinada a substituir o salário no período da inatividade (complementação da aposentadoria), tratando-se de mera retirada de contribuições feitas ao fundo. Ademais, a própria jurisprudência do STJ consolidou o entendimento de que seria incabível interpretação extensiva ou analógica da isenção à situação que não se enquadre no texto expresso da lei (REsp nº 1.116.620/BA, 1ª Seção, jugado em 9/8/2010).

8. Entretanto, ao debruçar-se sobre a questão, o STJ vem se manifestando no sentido de que a isenção do imposto de renda conferida ao portador de moléstia grave estende-se ao resgate das contribuições vertidas para a previdência complementar. A Corte Superior ampara a sua interpretação nas seguintes razões:

(i) o art. 6º da Lei nº 7.713, de 1988, e o art. 39 do Decreto nº 3.000, de 1999, equiparam em diversos momentos os valores recebidos a título de complementação de aposentadoria aos proventos de aposentadoria;

(ii) o capital acumulado em plano de previdência privada possui natureza previdenciária (EREsp 1.121.719/SP, Segunda Seção), legitimando a isenção sobre a parcela complementar;

(iii) o art. 39, §6º, do Decreto nº 3.000, de 1999, prevê expressamente que a isenção em prol dos portadores de moléstias especificadas na lei aplica-se à complementação de aposentadoria, reforma ou pensão;

(iv) se há isenção para os benefícios recebidos por portadores de moléstia grave, que constituem o recebimento dos valores aplicados nos planos de previdência privada de forma parcelada no tempo, a norma também alberga a isenção para os resgates das mesmas importâncias, que nada mais são que o recebimento dos valores aplicados de uma só vez. Para a Corte, seguindo a lógica do REsp n. 1.012.903/RJ, o destino tributário dos benefícios recebidos de entidade de previdência privada não pode ser diverso do destino das importâncias correspondentes ao resgate das respectivas contribuições.

Finalmente, sobre a conclusão da Nota SEI nº 50/201865, da PGFN, esclarece:

20. Ante o exposto, com fulcro no art. 2º, VII, §§ 4º e 5º, III, da Portaria PGFN nº 502, de 2016, e à luz do entendimento consolidado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, propõe-se a seguinte inclusão na lista de temas com dispensa de contestação e recursos da PGFN:

### ***1.22 – Imposto de Renda (IR)***

**IRPF. Isenção sobre o resgate de contribuições vertidas a plano de aposentadoria privada complementar. Beneficiário portador de moléstia grave especificada no art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 1988.**

**Resumo:** O STJ pacificou o entendimento no sentido de que, por força do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713, de 1988, e do art. 39, § 6º, do Decreto nº 3.000, de 1999, o resgate da complementação de aposentadoria por portador de moléstia grave especificada na lei está isento do imposto de renda.

**Observação:** a orientação do STJ não se estende ao pecúlio pago por entidade de previdência privada, quando objeto de antecipação ao próprio contribuinte-participante que esteja recebendo complementação de aposentadoria, ainda que ele seja portador de moléstia grave. Isso porque o referido pecúlio não equivale a proventos de aposentadoria, de modo que não atrai a isenção do art.

6º, XIV, da Lei nº 7.713, de 1988 (AgRg no REsp 842.756/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 13/11/2009).

**Precedentes:** AgInt no REsp 1554683/PR; AgInt no REsp 1662097/RS; EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 948.403/SP; REsp 1507320/RS; REsp 1204516/PR.

21. Caso aprovada, sugere-se o encaminhamento da presente Nota à CASTJ, para conhecimento, em resposta à consulta formulada.

22. Ademais, propõe-se que sejam realizadas as alterações pertinentes na gestão de matérias no Sistema de Acompanhamento Judicial – SAJ, assim como a inclusão do tema na lista de dispensa de contestar e recorrer disponível na *internet*.

23. Por fim, sobre a matéria em enfoque, vislumbra-se, desde já, a conveniência e a base legal para edição de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, nos termos do art. 19, inciso II, da Lei nº 10.522, de 2002, c/c o art. 5º do Decreto nº 2.346, de 1997, com o objetivo de promover a vinculação da Receita Federal do Brasil ao entendimento consagrado pelo STJ. Nessa perspectiva, sugere-se o encaminhamento de cópia da presente Nota à RFB, para que se manifeste previamente, como de praxe, quanto à eventual edição de ato declaratório sobre o tema.

24. Recomenda-se, ainda, ampla divulgação desta Nota às unidades descentralizadas da PGFN.

## 5.2 - Nota SEI nº 51/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, de 17/11/2019

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por meio da Nota SEI nº 51/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, de 17/11/2019, considerando a consulta formulada pelo Procurador-Chefe da Defesa na 4ª Região da Coordenação-Geral da Representação Judicial solicitou da PGFN que fossem adotadas providências a fim de uniformizar a atuação da PGFN com a da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, no que diz respeito à isenção do imposto de renda pessoa física em favor do portador de moléstia grave, nos termos do art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/1988, no caso de resgate de plano de aposentadoria da previdência privada complementar.

Ainda, sobre o objeto da consulta, a consulente identificou a existência de dispensa de contestar e recorrer com relação ao tema, isto é, sobre a isenção do IRPF nos resgates

dos rendimentos na previdência privada complementar dos portadores de doenças graves; nesse sentido, o referido benefício, afirmou o Procurador-Chefe da Defesa na 4ª Região da Coordenação-Geral da Representação Judicial que identificou reconhecendo que o citado benefício da isenção seria aplicável à hipótese fática de resgate de plano de previdência chamado PGBL – Programa Gerador de Benefício Livre.

Também, na consulta que, apesar de tratar-se de matéria não mais suscetível de impugnação judicial, alega remanescer a posição da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) em sentido contrário, a qual orienta quanto à necessidade de submeter tais valores, conforme explicitado no “Perguntas e Respostas – IRPF 2019”, disponível no seu sítio eletrônico na internet.

Diante disso, a PGFN, em análise e manifestação sobre o objeto da consulta formulada pelo Procurador-Chefe da Defesa na 4ª Região da Coordenação-Geral da Representação Judicial, esclarece que, conforme recordado pela consulente, a extensão da isenção concedida ao portador de moléstia grave na forma do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713/1988, refere-se à hipótese de resgate a plano de aposentadoria privada complementar, conforme Nota SEI nº 50/2018.

Assim, conclui pela viabilidade de inclusão do tema na lista de dispensa de contestar e recorrer da PGFN, nos termos da Portaria nº 502, de 2016, tendo em vista a constatação de pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário à Fazenda Nacional, conforme a decisão da referida Nota SEI.

Por sua vez, a PGFN informou à consulente que, com intuito de vincular a Secretaria da Receita Federal do Brasil ao entendimento consagrado pelo STJ, solicitou que o referido órgão manifestasse previamente sobre a referida vinculação.

Por essa razão, em resposta à RFB, emitiu a Nota COSIT nº 224, de 2018, na qual não apresentou qualquer óbice à edição de ato declaratório pela PGFN sobre o tema asseverando não ter “considerações ou questionamentos acerca do alcance do cumprimento da decisão de incluir a matéria na lista de dispensa de contestar e recorrer”

Ainda, no que diz respeito à vinculação da RFB às teses firmadas pelos Tribunais Superiores competentes e não mais passíveis de impugnação em juízo dá-se com a manifestação da PGFN, sendo desnecessária a edição de ato administrativo específico ou aprovação ministerial para tanto, entretanto, a PGFN esclarece que seria recomendável proceder à definição interna do procedimento com objetivo de garantir certeza, uniformidade e segurança jurídica na atuação entre RFB e a PGFN.

Por outro lado, a PGFN, no que diz respeito à distinção entre os planos VGBL e PGBL, mencionada Nota SEI nº 51/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME66, buscou-se mostrar os conceitos de previdência privada complementar dos planos PGBL e VGBL.

No primeiro, foi constatado nos Acórdão do STJ que o direito à isenção foi reconhecido de modo genérico, a planos privados de previdência complementar, sem adentrar nas especificidades de cada regime contratado, cujo posicionamento inarredável da Corte tem sido de admitir a isenção do portador de moléstia grave especificada na Lei nº 7.713/1988 em qualquer hipótese de resgate de valores de planos de previdência complementar privada.

Por sua vez, no segundo sobre o plano VGBL a isenção não é alcançada por ser o referido plano de natureza securitária (seguro de vida), tendo como objetivo garantir o pagamento de uma indenização ao segurado ou aos seus beneficiários, senão vejamos:

9. A consulta apresentada suscita dúvida quanto à possibilidade da dispensa de contestar e recorrer em enfoque abarcar os planos conhecidos como PGBL (Plano Gerador de Benefício Livre) e VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre), muito difundidos no mercado das seguradoras e entidades abertas de previdência. Nessa toada, cumpre perquirir se tais espécies de planos estariam albergadas pelo conceito de **aposentadoria privada complementar**, cujo resgate atrairia a isenção do art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 1988, nos moldes admitidos pela jurisprudência do STJ.

10. De início, constata-se que os acórdãos do STJ referem-se, de modo genérico, a planos privados de previdência complementar, sem adentrar nas especificidades de cada regime contratado. Assim, a posição inarredável da Corte tem sido a de admitir a isenção ao portador de moléstia grave especificada na lei em qualquer hipótese de resgate de valores de planos de previdência complementar privada, sejam eles **abertos**, vale dizer, oferecidos pelas seguradoras ou entidades abertas de previdência complementar para o público em geral (v.g. EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 948.403/SP), ou **fechados**, assim denominados porque acessíveis apenas aos empregados vinculados a uma empresa ou profissionais de determinada categoria ou setor (v.g., AgInt no REsp 1662097/RS).

---

66 BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Nota SEI nº 51/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, de 18/11/2019**. Disponível em: <https://www.sei.fazenda.gov.br>. Acesso em: 14/9/2020.



[...]

12. Ressalte-se que alguns precedentes do STJ reconheceram a isenção de IRPF ao portador de doença grave em processos que versavam sobre resgate de planos PGBL (AgInt no REsp 1481695/SC; Dcl nos EDcl no AgInt no AREsp 948.403/SP), os quais se enquadram no conceito de "aposentadoria privada complementar". O mesmo, todavia, não se pode afirmar quanto aos planos VGBL comercializados no

mercado, conforme se passa a expor.

13. Ambos, VGBL e PGBL, são planos com cobertura por sobrevivência, isto é, possuem garantia de pagamento de benefício em razão da **sobrevivência** do participante após o período de acumulação (diferimento). No entanto, além de distinções de tratamento tributário, os referidos planos ostentam **natureza jurídica diversa**. Isso porque os planos VGBL enquadram-se na categoria específica de **seguro de pessoas** (mais precisamente, seguro de vida com cobertura de sobrevivência), diferenciação estampada no próprio *site* da SUSEP, conforme transcrito a seguir:

VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) e PGBL (Plano Gerador de Benefícios Livres) são planos por sobrevivência (de seguro de pessoas e de previdência complementar aberta, respectivamente) que, após um período de acumulação de recursos (período de diferimento), proporcionam aos investidores (segurados e participantes) uma renda mensal - que poderá ser vitalícia ou por período determinado - ou um pagamento único. **O primeiro (VGBL) é classificado como seguro de pessoa, enquanto o segundo (PGBL) é um plano de previdência complementar.**

A principal diferença entre os dois reside no tratamento tributário dispensado a um e outro. Em ambos os casos, o imposto de renda incide apenas no momento do resgate ou recebimento da renda. Entretanto, enquanto no VGBL o imposto de renda incide apenas sobre os rendimentos, no PGBL o imposto incide sobre o valor total a ser resgatado ou recebido sob a forma de renda[3].

(...)

14. Assim, enquanto o objetivo do PGBL é complementar os benefícios oferecidos pelo RGPS, o VGBL, de natureza securitária (seguro de vida), tem por objetivo garantir o pagamento de uma indenização ao segurado ou aos seus beneficiários, observadas as condições e as garantias contratadas. Os seguros de pessoas regem-se, no essencial, por regras de cobertura de risco (Resolução CNSP nº 117/2004, Circular SUSEP nº 302/2005 e Circular SUSEP nº 317/2006) e regras de cobertura por sobrevivência (Resolução CNSP nº 348/2017 e Circular SUSEP nº 564/2017). A propósito, convém citar o disposto na Resolução CNSP nº 348, de 25 de setembro de 2017:

[...]

15. Portanto, a diretriz jurisprudencial do STJ que reconhece a isenção do art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 1988, nas hipóteses de resgate de valores aportados nos planos de previdência privada complementar **NÃO** abrange, em linha de princípio, o resgate de valores de planos VGBL, porquanto não são reputados planos de previdência.

Finalmente, na conclusão e encaminhamento da Nota SEI nº 51/2019 não foi editado ato declaratório do PGFN sobre o tema, de modo que não ocorreu a vinculação formal da RFB ao entendimento desfavorável pacificado pela jurisprudência do STJ.

Desse modo, a PGFN manifestou ser desnecessária a edição de ato administrativo específico ou aprovação ministerial; entretanto, mesmo assim é importante que à vinculação inclinam de regulamentação pelos órgãos envolvidos, o que seja levado a efeito em breve com objetivo de garantir certeza, uniformidade e segurança jurídica na atuação entre RFB e a PGFN, sugerindo que fosse dada ciência à RFB da Nota SEI nº 51/2019.

Assim, concluindo que a tese sobre a isenção do art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 1988, não se aplica às demandas/decisões judiciais, nos casos de resgate de valores de planos VGBL<sup>67</sup>, entretanto, no que diz respeito aos planos PGBL, não deixam dúvidas de que configuram previdência privada complementar, com isso, estão abarcados pela dispensa de contestar e recorrer pela PGFN; observem:

### **Conclusões e encaminhamentos**

---

67 BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Nota SEI nº 51/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, de 18/11/2019**. Disponível em: <https://www.sei.fazenda.gov.br>. Acesso em: 14/9/2020.

19. Por todo o exposto, em resposta à consulta formulada, conclui-se que:

(i) a aplicação da isenção concedida ao portador de moléstia grave na forma do art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 1988, à hipótese de resgate de contribuições vertidas a plano de aposentadoria privada complementar, foi objeto de análise por parte desta Coordenação-Geral na Nota SEI nº 50/2018 /CRJ/PGACET/PGFN-MF, que deliberou pela inclusão do tema na lista de dispensa de contestar e recorrer da PGFN, nos termos da Portaria nº 502, de 2016, tendo em vista a constatação de pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário à Fazenda Nacional;

(ii) não fora editado ato declaratório do PGFN sobre o tema em enfoque, apesar dos esforços empreendidos nesse sentido, de modo que não ocorreu a vinculação formal da RFB ao entendimento desfavorável pacificado pela jurisprudência do STJ;

(iii) de acordo com a nova sistemática do art. 19-A, III, da Lei nº 10.522, de 2002, a vinculação da RFB às teses firmadas pelos Tribunais Superiores competentes (e não mais passíveis de impugnação em juízo) dá-se com a manifestação da PGFN, sendo desnecessária a edição de ato administrativo específico ou aprovação ministerial para tanto. Sucede que, até o momento, o referido dispositivo pende de regulamentação pelos órgãos envolvidos, o que se pretende seja levado a efeito em breve, a fim de garantir certeza, uniformidade e segurança jurídica na atuação entre RFB e a PGFN. Por oportuno, **sugerimos seja dada ciência à RFB da presente Nota**, a fim de deixá-la a par da divergência de entendimento entre os órgãos no tocante à matéria objeto desta manifestação, o que pode acarretar prejuízos à Fazenda Nacional decorrentes da litigância contra tese pacificada pela jurisprudência;

(iv) entende-se pertinente a inclusão de ressalva no item 1.1.2.24. do SAJ, bem como na lista disponível na *internet*, com o propósito de esclarecer que a dispensa de contestação e recursos não se aplica às demandas/decisões judiciais que tenham acolhido a tese da isenção do art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 1988, nos casos de resgate de valores de planos VGBL, uma vez que tais espécies de planos, ostentando natureza de seguro de vida (com cobertura por

sobrevivência), não se enquadram ao conceito de previdência privada;

(v) quanto aos planos PGBL, não remanesçam dúvidas de que configuram, de fato, previdência privada complementar, de modo que estão abrangidos pela dispensa de contestar e recorrer versada na presente Nota;

(vi) recomenda-se, por fim, o encaminhamento da presente Nota à CASTJ, para ciência e providências cabíveis, bem como ampla divulgação às unidades descentralizadas da PGFN.

20. É a manifestação. À consideração superior.

Documento assinado eletronicamente

**GEILA LÍDIA BARRETO BARBOSA DINIZ**

Procuradora da Fazenda Nacional

Portanto, a Nota SEI nº 50/2018 e Nota SEI nº 51/2019, da PGFN, esclarecem sobre os Acórdãos do STJ desfavoráveis à Fazenda Nacional por inexistência de relação jurídico-tributária entre União (Fazenda Nacional) e os demandantes, pois existe a inoccorrência da tributação pela isenção do imposto de renda aos portadores de doenças graves, nos termos do art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 1988, a qual alcança os resgates dos rendimentos da previdência privada complementar de forma genérica do plano PGBL, entretanto, não alcança nos resgates de valores de planos VGBL, por ser considerado de natureza de seguro de vida.

Em outras palavras, tais Notas da PGFN estão em simetria com nossa tese jurídica embasada no direito à isenção do imposto de renda nos resgates efetuados pelo Autor dos rendimentos no Plano PGBL da previdência privada complementar na condição de portador de doença grave (neoplasia maligna), nos termos da Solução de Consulta Cosit nº 152, de 31/10/2016, bem como das jurisprudências pátria citadas no Agravo.

Portanto, as referidas Notas da SEI da PGFN são mais abrangentes ao reconhecerem inexistência de relação jurídico-tributária entre União (Fazenda Nacional) com os portadores de doenças graves nos resgates dos rendimentos da previdência privada complementar no plano PGBL, amparados pela isenção do imposto de renda, nos termos do art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 1988, e jurisprudências pacificadas do STJ.

Em vista disso, com base nas mencionadas Notas Sei da PGFN, não há que se falar em Reexame Necessário pela Fazenda Pública, nos termos do art. 496, §4º, II, da Lei nº 13.105, de 16/3/201568, que aprovou o Código de Processo Civil/2015.

De fato, é do nosso conhecimento que a Procuradoria da Fazenda Nacional, manifestou no sentido de que deixou de contestar o pedido de reconhecimento do direito à isenção do imposto renda incidente sobre os resgates de contribuições vertidas ao plano de aposentadoria privada complementar na modalidade PGBL, reconhecendo expressamente a procedência da Ação sobre o Pedido de Repetição de Indébito Tributário requerido junto ao TRF, por motivo do autor ser portador de doença grave.

## **6 – PARECER SEI Nº 110/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, DE 14/9/2018 E DESPACHO Nº 348-PGFN-ME, DE 5/11/2020, DOU DE 10/11/2020, SEÇÃO 1, PÁGINA 14.**

PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR, MODALIDADE PLANO PGBL,  
PARECER SEI Nº 110/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, DE 14/9/2018, DESPACHO  
Nº 348-PGFN-ME, DE 5/11/2020, DOU DE 10/11/2020, SEÇÃO 1, PÁG. 14.

PARECER SEI Nº 110/2018

- ✓ O objetivo é o posicionamento do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, visando à dispensa da apresentação de contestação, a interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, em relação às demandas/decisões judiciais fundadas no entendimento de que a isenção do Imposto de Renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma, instituída em favor aos portadores de moléstias especificadas na lei, nos termos do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, alcança o resgate das contribuições vertidas a plano de previdência complementar;
- ✓ Vincular a Secretaria da Receita Federal do Brasil - SRFB, obrigando-a, inclusive, a rever de ofício os lançamentos já efetuados;
- ✓ As medidas a serem tomadas decorrem das reiteradas decisões pacificadas pelo STJ, no sentido contrário ao entendimento da PGFN, cuja interposições de recursos serão inúteis e sobrecarregarão o Poder judiciário.

DESPACHO Nº 348/2020, DOU de 10/11/2020

- ✓ O Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovou o Parecer nº 110/2018, que recomenda a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, estendendo à isenção do imposto de renda instituída em benefício do portador de moléstia grave específica em lei estende-se ao resgate das contribuições vertidas a previdência complementar.



68 ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 27 ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 296.

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

[...]

§4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

[...]

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

A PGFN, além de ser esclarecedora no que diz respeito a Nota SEI nº 50/2018, bem como a de nº 51/2019, ela emitiu o PARECER SEI Nº 110/2018/ CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 14/9/2018<sup>69</sup>, que teve como objetivo mostrar o posicionamento do Procurador Geral da Fazenda Nacional, ocasião em que procurou esclarecer sobre a dispensa da apresentação de contestação, a interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, no que diz respeito às demandas/decisões judiciais fundadas no entendimento de que a isenção do imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma, instituídas em favor de moléstias especificadas na lei nos termos do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, alcança o resgate das contribuições vertidas a planos de previdência complementar.

Também, teve como objetivo vincular a Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), obrigando-a, inclusive a rever de ofício os lançamentos já efetuados.

Ainda, explica que as medidas a serem tomadas decorrem das reiteradas decisões pacificadas pelo STJ, no sentido contrário ao entendimento da PGFN, cuja interposições de recursos serão inúteis e sobrecarregarão o Poder judiciário.

Por sua vez, por meio do DESPACHO Nº 348-PGFN-ME, DE 5/11/2020, publicado no DOU de 10/11/2020, seção 1, página 1470, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovou o Parecer nº 110/2018, que recomenda a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, estendendo à isenção do imposto de renda instituída em benefício do portador de moléstia grave especificada em lei estende-se a previdência complementar.

Diante disso, o portador de doença grave é isento do imposto de renda na complementação de aposentadoria, reforma ou pensão, recebida de entidade de Previdência Complementar, Fundo de Aposentadoria Programa Individual (Fapi) ou Programa Gerador de Benefício Livre (PGBL).

Vale esclarecer que os Acórdãos pacificados pelo STJ, também constante na Nota SEI nº 51/2018, da PGFN, é taxativa que a isenção do IRPF, alcança o plano PGBL, nos resgates de valores da previdência privada complementar de forma genérica, mas não reconheceu os resgates de valores do plano VGBL, por ser de natureza securitária, ou seja, seguro de vida, cujo objetivo é o pagamento de uma indenização ao segurado, mesmo que seja portador de doença grave.

---

69 BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **PARECER SEI Nº 110/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, DE 14/9/2018**. Disponível em: <https://www.pgfn.gov.br>. Acesso em: 17/3/2021.

70 BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **DESPACHO Nº 348-PGFN-ME, DE 5/11/2020, DOU DE 10/11/2020, SEÇÃO 1, PÁGINA 14**..Disponível em: <https://www.pgfn.gov.br>. Acesso em: 17/3/2021.

Finalmente, no que diz respeito ao objetivo do PARECER SEI Nº 110/2018, no sentido de vinculação da SRFB, o referido parecer, percebe-se tal fato, quando o referido órgão, publicou no Perguntas e Respostas 2021, na pergunta nº 269-Qual é o tratamento tributário da complementação de aposentadoria, reforma ou pensão paga a pessoa com doença grave?<sup>71</sup>

Além do mais, podemos observar nas normas divulgada pelo CARF, a exemplo do Acórdão nº 2202-007.192, do CARF, de 1/9/2020<sup>72</sup> e, da SRFB, conforme a Solução de Consulta nº 138-Cosit, de 8/12/2020, entre outras.

VINCULAÇÃO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL-SRFB AO PARECER SEI Nº 110/2018/CRJ/PGAXET/PGFN-MF, DE 14/9/2018

VINCULAÇÃO DA SRFB

✓ Perguntas e Respostas SRFB de 2021, pergunta 269:

**Qual é o tratamento tributário da complementação de aposentadoria, reforma ou pensão paga a pessoa com doença grave?**

É isenta do imposto sobre a renda a complementação de aposentadoria, reforma ou pensão, recebida de entidade de previdência complementar, Fundo de Aposentadoria Programa Individual (Fapi) ou Programa Gerador de Benefício Livre (PGBL).

Os valores recebidos a título de resgate de entidade de previdência complementar, Fapi ou PGBL, que só poderá ocorrer enquanto não cumpridas as condições contratuais para o recebimento do benefício, por não configurar complemento de aposentadoria, estão sujeitos à incidência do imposto sobre a renda, ainda que efetuado por pessoa com moléstia grave.

Entretanto, em decorrência da aprovação Parecer SEI Nº 110/2018/CRJ/PGAXET/PGFN-MF, para os fins do art. 19-A, caput e inciso III, da Lei nº 30.523, de 10 de julho de 2002, pelo Despacho nº 348/2020/PGFN-ME, de 26/08/2020, que recomenda a não apresentação de contestação, e não interposição de recursos e a existência de atos já interpostos, desde que exista outro fundamento relevante, nas ações judiciais baseadas no entendimento de que "por força do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713, de 1988, do art. 39, § 6º, do Decreto nº 3.000, de 1999, e do art. 6º, § 4º, III, da IN RFB nº 1.500, de 2014, a isenção de imposto de renda instituída em benefício do portador de moléstia grave especificada na lei estende-se ao resgate das contribuições vertidas a plano de previdência complementar".

✓ ACÓRDÃO Nº 2202-007.192, DO CARF DE 1/9/2020;

✓ SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 138-Cosit, DE 8/12/2020.



**ISENÇÃO**

**BUSCA DA RESTITUIÇÃO DO IRPF PAGO INDEVIDAMENTE JUNTO A SRFB**

- ✓ Acessar no site da SRFB, na aba e - CAC, utilizando o certificado digital, no programa PER/DECOMP Web, para obtenção da restituição;
- ✓ Não sendo possível utilizar o PER/DECOMP Web, o pedido de restituição deverá ser efetuado por processo de restituição, acessando o link, conteúdo da página inicial "SERVIÇOS, Processos Digitais".
- ✓ Recomendamos aos portadores de doenças graves, que antes de tomar qualquer providências para obtenção da restituição, agende junto ao e - CAC, a fim de obter esclarecimentos sobre a restituição no âmbito administrativo da SRFB, com isso, visando agilizar o recebimento da restituição do IR.
- ✓ Vale ressaltar que, aqueles processos que estão tramitando na Justiça Federal, os portadores de doenças graves deverão aguardar a decisão final favorável ao mesmo;
- ✓ Ainda, recomendamos os portadores de doenças graves que procurem as instituições de previdência privada complementar a qual possui contratos no plano PGBL, a fim de que a mesma registre a isenção a qual tem direito, com objetivo de desonerar o imposto de renda, nos futuros resgates.

## 7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, o nosso objetivo foi no intuito de mostrar o meio contábil, jurídico, empresarial, acadêmico, enfim os leitores de maneira geral a experiência do Autor junto à esfera administrativa e na justiça federal na condição de portador de doença grave, percorrendo as experiências na busca da isenção do imposto de renda nos resgates na previdência privada complementar, no plano PGBL.

71 BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). **Perguntas e Respostas 2021**. Disponível em: <https://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 24/3/2021.

72 BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 2202-007.192, 2ª seção de julgamento/2ª Câmara/2ª Turma, sessão de 1/9/2020, Processo nº 13888.722510/2011-14**. Recorrente: Alcy Menna Barreto de Araujo, Interessado: Fazenda Nacional. Disponível em: <https://www.arf.economia.gov.br>. Acesso em: 17/3/2021.

Com certeza, no presente trabalho na condição de portador de doença grave (neoplasia maligna), mostramos aos leitores a busca da isenção do imposto de renda, na inatividade, atividade e nos resgates da previdência privada complementar, plano PGBL, destacando-se as derrotas e conquistas junto à esfera administrativa, ou seja, na SRFB e no judiciário, isto é, no TRF, por essas razões, uma vitória notadamente foi à isenção concedida pela Corte Especial do TRF, nos termos do Acórdão lavrado pelo Desembargador Luciano Tolentino Amaral.

Efetivamente, um outro ponto positivo o qual mostramos ao leitor no presente trabalho foi a publicação pela PGFN da Nota SEI nº 50/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 13/8/2018 e Nota SEI nº 51/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, de 17/11/2019, que reconhecem a isenção do IRPF aos portadores de doenças graves nos resgates na Previdência Privada, PGBL, exceto VGBL, conforme, jurisprudências pacificadas no STJ em sentido contrário à Fazenda Nacional.

Nesse sentido, a PGFN emitiu o PARECER SEI Nº 110/2018/ CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 14/9/2018, que teve como objetivo esclarecer sobre a dispensa da apresentação de contestação, a interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, bem como, esclarece que as moléstias especificadas na lei nos termos do art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, alcança o resgate das contribuições vertidas a planos de previdência complementar.

Em vista disso, por meio do DESPACHO Nº 348-PGFN-ME, DE 5/11/2020, publicado no DOU de 10/11/2020, seção 1, página 14, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovou o Parecer SEI nº 110/2018, estendendo à isenção do imposto de renda instituída em benefício do portador de moléstia grave especificada em lei, isto é, nos resgates de forma genérica junto à previdência privada complementar, inclusive sobre a vinculação da SRFB.

No que diz respeito ao posicionamento do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, sobre a vinculação da SRFB ao PARECER SEI nº 110/2018, somos sabedores que atualmente a SRFB, está vinculada ao posicionamento da PGFN, conforme podemos observar no Manual de Perguntas e Respostas SRFB 2021, pergunta 269. Ainda, a vinculação está retratada no Acórdão nº 2202-007.192, de 1/9/2020, do CARF73, Solução de Consulta nº 138-Cosit, de 8/12/2020, entre outros.

---

73 BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 2202-007.192, 2ª seção de julgamento/2ª Câmara/2ª Turma, sessão de 1/9/2020, Processo nº 13888.722510/2011-14.** Recorrente: Alcy Menna Barreto de Araujo, Interessado: Fazenda Nacional. Disponível em: <https://www.arf.economia.gov.br>. Acesso em: 17/3/2021.



Por esses motivos, em relação ao posicionamento da PGFN, bem como da vinculação da SRFB ao referido posicionamento amplamente exposto no presente trabalho, beneficiará os portadores de doenças graves que foram onerados com o pagamento do imposto de renda nos resgates junto à previdência complementar no plano PGBL o que certamente possibilitará uma perspectiva dos portadores de doenças graves prejudicados recuperarem o prejuízo do pagamento do IRPF indevido.

Nesse sentido, o Autor por ter sido prejudicado em seus resgates junto à Previdência privada Complementar, interpôs Ação de Repetição de Indébito Tributário cc Pedido de Tutela Provisória Antecipada de Urgência, processo nº 1016563-80.2020.4.01.33.00, bem como do Agravo do Instrumento sob o nº 1027991-65.2020.4.01.0000.

Vale esclarecer que, nas peças do processo sobre à Ação de Repetição de Indébito Tributário, conforme mencionamos no presente trabalho à Procuradoria da Fazenda Nacional do Estado da Bahia, manifestou o reconhecimento da procedência do pedido não contestando, por motivo, do autor ser portador da doença com direito à isenção do imposto de renda nos resgates do plano PGBL, junto à Previdência Privada Complementar, no caso à Brasilprev.

Por consequência, os portadores de doenças graves poderão buscar no judiciário o prejuízo do pagamento indevido, entretanto, ressalva-se que, após a vinculação formal da SRFB ao entendimento desfavorável pacificado pela jurisprudência, haverá instruções normativas orientando sobre a utilização do pedido de restituição via administrativa, utilizando o site da SRFB, na aba "Restituição e Compensação – PER/DCOMP Web", ficando sujeito às regras do referido órgão.

Não obstante, sugerimos procurar o CAC da SRFB de sua jurisdição, antes de efetuar qualquer lançamento na Declaração do IRPF, ano-calendário 2020, exercício 2021, nos casos em que à Previdência Complementar tenha fornecido o Comprovante de Rendimento Financeiro, com valor em rendimentos tributáveis, considerando à retenção do imposto de renda retido quando do resgate por parte do portador de doença grave.

Enfim, em qualquer mecanismo de tributação entendemos que o Estado deve excluir os portadores de doenças graves da relação jurídico-tributária com a Fazenda Nacional, prestigiando de forma ampla o benefício da isenção do imposto de renda, concedida por meio do art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/198, fundamentalmente, em respeito à saúde integral, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais e ao princípio da igualdade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Edson Sebastião de. **PORTADOR DE DOENÇA GRAVE – conheça sobre o seu direito à isenção do Imposto de Renda**. Vídeo de apresentação divulgado em 7/2/2021 na plataforma do Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com.br>. Acesso em: 7/2/2021.

\_\_\_\_\_. **PORTADOR DE DOENÇA GRAVE – veja os requisitos e condições para obter isenção do IRPF**. Vídeo de apresentação divulgado em 28/2/2021 na plataforma do Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com.br>. Acesso em: 28/2/2021.

\_\_\_\_\_. **PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR**: Saiba sobre a isenção do imposto de renda na moléstia grave no plano PGBL e qual a melhor opção para quem deve pagar o imposto é o PGBL ou VGBL? Vídeo de apresentação divulgado em 29/3/2021 na plataforma do Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com.br>. Acesso em: 29/3/2021.

\_\_\_\_\_. **CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: conflitos das normas à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

\_\_\_\_\_. **GESTÃO FISCAL: cálculo do imposto por dentro ou “gross up” e a não-cumulatividade nas apropriações de créditos fiscais do ICMS, IPI, PIS/Pasep e da Cofins**. Divulgado em 20/7/2020. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

\_\_\_\_\_. **Questões polêmicas dos exames de suficiência da OAB e do CRC, instituídos por leis infraconstitucionais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº 2945, 25 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19627>. Acesso em: 25/7/2011.

\_\_\_\_\_. **Isenção do IRPF nas doenças graves na atividade, inatividade e na previdência complementar**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, nº 166, nov. 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>.

\_\_\_\_\_. **Previdência Complementar: PEC nº 6/2019, no Contexto Previdenciário Atual e a Tributação do Imposto de Renda**. São Paulo: Revista SÍNTESE Direito Previdenciário, Ano 19, nº 94 (jan/fev. 2020), p. 55-57.

ALVES, Thais Caroline. **Representações de vida-morte em pacientes como câncer: uma análise discursivo-desconstrutiva**. Campinas: UNICAMP/IEL/Setor de Publicações, 2018

ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum: acadêmico de direito. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7/12/1940, que aprovou o Código Penal**. 27. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. **Portaria do Ministro da Economia nº 3.659, de 10/2/2020**. Disponível em: <https://www.inss.gov.br>. Acesso em: 29/5/2020.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria da Receita Federal do Brasil – SRFB. **Perguntas & Respostas 2020. Imposto sobre a Renda da Pessoa Física.** Disponível em: <https://www.receita.economia.gov.br>. Acesso em: 29/5/2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República, 1ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Ata da Trecentésima Vigésima Nona Sessão Ordinária, de 13 de março de 2019. Processo nº 1.14.000.000519/2019-65, Voto 1059/2019.** Relator: Dr. Moacir Mendes Sousa. Disponível em: <http://www.transparencia.mpf.mp.br>. Acesso em: 26/3/2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 7.713, de 22/12/1988. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências, com redação dada pela Lei nº 11.052, de 2004.** Brasília (DF). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14/9/2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, publicada no DOU de 27/12/1995.** Altera a legislação federal e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/9/2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27/8/2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 9.580, de 22/11/2018, publicado no DOU de 23/11/2018.** Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/11/2018.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **DESPACHO Nº 348-PGFN-ME, DE 5/11/2020, DOU DE 10/11/2020, SEÇÃO 1, PÁGINA 14.** Disponível em: <https://www.pgfn.gov.br>. Acesso em: 17/3/2021.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Nota SEI nº 50/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 14/8/2018.** Disponível em: <https://www.sei.fazenda.gov.br>. Acesso em: 14/9/2020.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Nota SEI nº 51/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, de 18/11/2018.** Disponível em: <https://www.sei.fazenda.gov.br>. Acesso em: 14/9/2020.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **PARECER SEI Nº 110/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, DE 14/9/2018.** Disponível em: <https://www.pgfn.gov.br>. Acesso em: 17/3/2021.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Delegacia da Receita Federal do Brasil, Salvador (BA). **Despacho Decisório nº 91/2010 – DRF/SDR, de 27/01/2010.** Processo nº 18050.005403/2009-61, de 10/6/2009. Interessado: Edson Sebastião de Almeida.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). **Instrução Normativa RFB nº 1434, de 30 de dezembro de 2013, publicada no DOU de 2 de janeiro de 2014, seção 1, página 8.** Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 20/9/2017.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. **Instrução Normativa RFB nº 1500, de 29/10/2014,** publicada no DOU de 30/10/2014, seção 1, página 57. Dispõe sobre normas gerais de tributação relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas. Disponível em: <https://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 30/10/2014.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. **Instrução Normativa RFB nº 1756, de 31/10/2017,** publicada no DOU de 06/11/2017, seção 1, página 74 Altera a Instrução Normativa RFB nº 1.500, de 29 de outubro de 2014, que dispõe sobre normas gerais de tributação relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 07/11/2017.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). **Perguntas e Respostas 2021.** Disponível em: <https://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 24/3/2021.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Solução de Consulta nº 152 – Cosit, de 31/10/2016, publicada no DOU de 18/11/2016, seção 1, pag. 49.** Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br>. Acesso em: 3/9/2017.

BRASIL, Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). **Solução de Consulta COSIT nº 280, de 2/6/2017,** publicada no DOU de 14/6/2017, Seção 1. Página 31.

BRASIL Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. **A Defasagem na Correção da Tabela do Imposto de Renda Pessoa Física.** Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/01/Defasagem-IR>. Acesso em: 26/3/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg Recurso Especial nº 1.144.661-SC (2009/013544-0). Agravante: Fazenda Nacional, Agravado: Juliana Maes Hildebrand Perini. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 7/6/2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). **Relatório e Voto, emitido em 2/5/2016, pelo Relator Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa** que negou provimento ao Agravo Regimental, Agravo de Instrumento nº 0002667-03.2014.4.01.0000/BA, publicado no e-DJF1, de 10/6/2016. Agravante: Edson Sebastião de Almeida. Advogados: José Luiz Pucci e Márcio Lopes Fernandes de Barros; Agravado: Fazenda Nacional. Disponível em: [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br). Acesso em: 23/9/2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). **Embargos infringentes não providos. Acórdão nº 2009.33.00.009545-1/BA**. Embargante: Fazenda Nacional, Embargado: Edson Sebastião de Almeida. Advogados: José Luiz Pucci e Márcio Lopes Fernandes de Barros; Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Brasília (DF), DJe de 7 de fevereiro de 2013, p. 1023, transitado em julgado em 8/5/2013. Disponível em: <https://www.trf1.jus.br>. Acesso em: 27/11/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF), Seção Judiciária da Bahia 4ª Vara **Sentença proferida em 23 de outubro de 2010, por intermédio do Juiz Federal Substituto Leonardo Tochetto Pauperio**. Agravante: Edson Sebastião de Almeida. Advogados: José Luiz Pucci e Márcio Lopes Fernandes de Barros; Agravado: Fazenda Nacional. Disponível em: [www.trf5.jus.br](http://www.trf5.jus.br). Acesso em: 23/9/2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). Seção Judiciária da Bahia 12ª Vara. **Ação de Repetição de Indébito Tributário, protocolada em 16/4/2020, sob o nº 1016563-80.2020.4.01.3300. Decisão Interlocutória, de 12/8/2020**. Autor: Edson Sebastião de Almeida. Réu: União Federal (Fazenda Nacional). Advogado: Moreno de Castro Borba. Juiz Federal: Meritíssimo Juízo Ávio Mozar José Ferraz de Novaes. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br>. Acesso em: 14/8/2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). 1ª Região, 7ª Turma. **Agravo de Instrumento pela Concessão da Antecipação de Tutela Recursal com Pedido de Efeito Suspensivo Ativo, protocolado em 1/9/2020, sob o nº 1027991-65.2020.4.01.0000**. Agravante: Edson Sebastião de Almeida. Agravado: Fazenda Nacional (União). Relator: Desembargador Federal Kassio Marques. Advogado: Moreno de Castro Borba. Disponível em: <https://www.trf1.jus.br>. Acesso em: 2/9/2020.

FERREIRA, Antonio Airton. **Regulamento do Imposto de Renda 1999, anotado e comentado**: atualizado até 30 de abril de 2010. 13 ed. Volume 1. São Paulo: FISCOsoft, 2010, p. 112-193. O RIR/1999.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães. Princípios fundamentais do imposto sobre a renda. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 26/3/2019.

SCAFF, Fernando Facury. **Inconsistência na tributação dos Planos de Previdência Privada PGBL**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 4/11/2019.

## **AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI N° 8.069/1990): UMA ANÁLISE SOCIAL E CONSTITUCIONAL DA INSERÇÃO EM REGIME DE SEMI LIBERDADE E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE**

**NATHAN SALIM TAYAH:**

Bacharelado do curso de Direito da Universidade da Universidade Luterana do Brasil ULBRA, Camus Manaus-Amazonas.

**ARMANDO DE SOUZA NEGRÃO<sup>74</sup>**

(orientador)

**RESUMO:** A adolescência, ou seja, o período de transição entre a infância e a idade adulta é sem a menor dúvida aquele em que se torna mais difícil o relacionamento entre pais e filhos. É que, nessa fase da vida, todo adolescente se defronta com uma série de situações antagônicas, tanto externas como internas, que o confundem, o irritam e o magoam, fazendo com que se mantenha em permanente estado de beligerância com o mundo que o cerca e consigo próprio. O presente artigo monográfico têm por objetivo geral analisar as medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de Inserção em regime de Semi Liberdade e a Prestação de Serviço à Comunidade, além de especificamente discutir sobre a veracidade constitucional das medidas socioeducativas do ECA; esclarecer os Direitos do Menor Infrator Brasileiro; e, demonstrar os resultados das medidas do ECA para a reinserção do menores infratores na sociedade, tentando conhecer como funcionam os programas de atendimento de adolescentes em conflito com a lei, identificando as atribuições das medidas socioeducativas. Como forma de complementar o estudo teórico desenvolvido, houve a construção de um estudo qualitativo, procurando confirmar ou defrontar as ideias obtidas na teoria. Desta forma, o interesse nesta questão de suma importância para o estudante de direito, mediante experiência realizada no decorrer do estágio acadêmico, em busca de ajudar a resolver problemas com os adolescentes em conflito com a lei para ajudá-los a construir sua história como sujeitos participativos na sociedade na qual estão inseridos. Neste sentido, o estudo propõe que uma parceria seja formada pelas instituições que trabalham com adolescentes em conflito com a lei no sentido de proporcionar uma educação continuada aos profissionais que trabalham com eles no cumprimento de medidas socioeducativas de forma bastante

---

<sup>74</sup> Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas - UFAM (1988). Advogado militante na Comarca de Manaus. Especialista em Administração Pública com ênfase em Direito Público pela Universidade Nilton Lins - UNINILTON LINS (1999). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA. Manaus – Amazonas

específica com finalidade de tratar do problema mais especificamente, já que estes adolescentes precisam de atenção especial e não geral.

**Palavras-Chave:** Adolescentes em conflito em lei; Políticas Públicas, Violência; e, Estatuto da Criança e do Adolescente.

**ABSTRACT:** Adolescence, that is, the transition period between childhood and adulthood, is undoubtedly the one in which the relationship between parents and children becomes more difficult. It is that in this phase of life, every adolescent is faced with a series of antagonistic situations, both external and internal, that confuse, irritate and hurt him, causing him to remain in a permanent state of belligerence with the world around him and with himself. The main objective of this monographic article is to analyze the socio-educational measures of the Statute of the Child and Adolescent (ECA) of Insertion in the regime of Semi-Freedom and the Provision of Service to the Community, in addition to specifically discussing the constitutional veracity of the socio-educational measures of ECA ; clarify the Rights of the Minor Brazilian Offender; and, to demonstrate the results of the ECA measures for the reintegration of juvenile offenders in society, trying to understand how adolescent care programs in conflict with the law works, identifying the attributions of socio-educational measures. As a way of complementing the theoretical study developed, a qualitative study was carried out, trying to confirm or confront the ideas obtained in theory. In this way, interest in this issue of paramount importance to the law student, through experience gained during the academic internship, in order to help solve problems with adolescents in conflict with the law to help them build their history as subjects the society in which they are inserted. In this sense, the study proposes that a partnership be formed by institutions working with adolescents in conflict with the law in order to provide a continuing education to professionals who work with them in the accomplishment of socio-educational measures in a very specific way with the purpose of dealing with the problem more specifically, since these adolescents need special and not general attention.

**Keywords:** Adolescents in conflict in law; Public Policies, Violence; and, Statute of the Child and Adolescent.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal da República do Brasil de 1988 estabeleceu uma nova forma de tratamento de crianças e adolescentes modificando, por completo o papel do Estado, da sociedade e da família, todos enumerados no artigo 227 que fala dos direitos dos cidadãos em todos os seus níveis.

A partir de 1990, seguindo os preceitos constitucionais foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, documento que ratificou o determinado pela Constituição



Federal de 1988. O ECA definiu inclusive a proteção aos menores em conflito com a Lei, garantindo seus direitos e obrigações, tema central deste artigo.

O adolescente passa por diversas situações conflituosas e estas surgem a partir do momento em que seus conceitos, virtudes, defeitos, desejos e necessidades se sobrepõem à sua realidade, o que provoca um intenso debate sobre a questão da maioridade penal do adolescente, como se a simples redução desta resolvesse o problema do adolescente em conflito com a Lei, terminologia utilizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. O dimensionamento das dificuldades práticas encontradas nas ações pode ser vislumbrado diante dos seguintes questionamentos:

1) O que leva um adolescente a cometer ato infracional?

2) Qual o papel do Estado, da família e das políticas na reeducação das crianças e adolescentes em conflito com a lei?

Enfim, a questão dos adolescentes em conflito com a lei é expressão da questão social contemporânea multifacetada, necessitando de análise e estudos. Como abordar um adolescente que cometeu esse ato infracional e, ainda como ressocializá-lo? Responder a essas questões será o objetivo central da presente pesquisa.

Como hipótese de sustentação, temos:

1) As medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei são de cunho educativo e de ressocialização, todavia muitos elementos, no que se refere à questão dificultam a realização dessas medidas em sua plenitude; e,

2) a situação sócio-econômica dos adolescentes em conflito com a lei que cometeram ato infracional é precária, potencializando a reincidência do ato infracional.

Desta forma, este estudo tem por objetivo geral analisar as medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de Inserção em regime de Semi Liberdade e a Prestação de Serviço à Comunidade, além de especificamente discutir sobre a veracidade constitucional das medidas socioeducativas do ECA; esclarecer os Direitos do Menor Infrator Brasileiro; e, demonstrar os resultados das medidas do ECA para a reinserção do menores infratores na sociedade, tentando conhecer como funcionam os programas de atendimento de adolescentes em conflito com a lei, identificando as atribuições das medidas socioeducativas.

Assim, este artigo monográfico se justifica pela extrema necessidade de verificar da dinâmica familiar na atualidade, na qual todos os indivíduos encontram-se inseridos. Portanto a compreensão do funcionamento psicossocial da família deve levar em conta a

dinâmica afetiva da família numa perspectiva de totalidade, com a finalidade de verificar os fatores que influenciam o ato infracional da criança e do adolescente. No âmbito acadêmico, social, científico e pessoal, o projeto de pesquisa se justifica no fato do conhecimento está em pleno processo de desenvolvimento e aprimoramento na sociedade moderna, e isso implica a possibilidade de se encontrar, na prática, atitudes desvinculadas dos últimos achados científicos.

Assim, a pesquisa é fundamental para o desenvolvimento do conhecimento do aluno, sendo um dos alicerces da universidade, indispensável para a qualificação crítica do corpo docente e discente. Também, o estudo se justifica no contexto social e histórico em função das discussões em torno do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei N° 8.069 de 1990, que veio garantir a proteção integral à criança e ao adolescente que transformou radicalmente o direcionamento do antigo Código de Menores – baseado na doutrina da situação irregular – passando a considerar a criança/adolescente como pessoas de direitos e em condições peculiares de desenvolvimento.

Assim, o trabalho como forma de complementar o estudo teórico desenvolvido, houve a construção de um estudo qualitativo, procurando confirmar ou defrontar as ideias obtidas na teoria. A forma de investigação utilizada foi à análise de conteúdo. Para isso foi realizada a leitura crítica dos dados, e conseqüentemente a descrição e interpretação desses.

## **1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA PROBLEMÁTICA SOCIAL DOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI**

O ECA criou uma nova definição para crianças e adolescentes. O Art. 2º diz que criança, é a pessoa de até 11 anos e 12 meses anos de idade incompletos. O mesmo artigo considera como adolescente, o sujeito com idade entre 12 e 18 anos.

Mas a grande discussão do momento no Brasil se faz exatamente sobre essa determinação do ECA que considera somente pessoas a partir do dezoito (18) anos de idade como puníveis pelo Código Penal. Abaixo desta idade, são considerados adolescentes em conflito com a lei e sujeitos a medidas socioeducativas e não penas.

O Estatuto introduziu uma nova maneira de tratar o problema dos adolescentes em conflito e entre essas maneiras: os Conselheiros dos Direitos Nacional, Estaduais e Municipais e o Conselho Tutelar. Assim o ECA acabou com a denominada situação irregular, até então admitida pelas Leis 4.513 de 1964, e 6.697 de 1979 (Código de Menores<sup>75</sup>), que ficaram extintas.

---

<sup>75</sup> Em 1927, foi criado o primeiro *Código de Menores* que cuidava concomitantemente das questões de abandono, da delinquência e estabelecia a vigilância sobre a infância, do Decreto nº. 17.943-A, de 12 de

Deixados, assim, para trás os momentos nos quais o direito de crianças e adolescentes era marcado pela execução de normas e diretrizes repressivas e discriminatórias (1927-1973) e o momento no qual se desenhou uma política nacional caracterizada pela proteção e amparo paternalista (1973-1989) para adentrar ao momento histórico no qual se funda a concepção da criança e do adolescente com sujeitos de direitos, isto é, cidadão passível de proteção integral.

Por outro lado, somos empurrados a criar leis e mecanismos que nem sempre têm eficácia na garantia de direitos, mas são eficientes no controle. Mas que lei é essa que veio substituir o antigo Código de Direitos de Menores?

### ***1.1 A violência como expressão da questão social***

A violência é um dos maiores problemas que assolam a sociedade brasileira atualmente e dominou as campanhas políticas de todos os matizes em 2018. Crime organizado, assassinatos, tráfico de drogas, e maioria penal foram temas que dominaram os principais candidatos em todos os cargos políticos, sejam executivos e/ou legislativos.

Mas o problema não se resume unicamente ao combate ao crime. As causas desta situação são muito complexas e deveriam ser um cerne da questão e não o combate as suas consequências. Por exemplo, será que simplesmente reduzir a maioria penal vai resolver o problema?

Talvez, não, pois o problema está centrado nas desigualdades sociais que assolam nosso país há séculos e, certamente os adolescentes das classes mais baixas da sociedade são os mais atingidos por esse fenômeno. Muitas análises proferidas em estudos apresentam que a completa ausência do Estado no atendimento das necessidades dessa camada da população proporciona restritas perspectivas de mobilidade social, como potenciais motivadores de ações violentas já que o mundo do crime acaba por preencher a lacuna deixada pelo Estado, segundo Vignoli (2011, p. 78):

Assim, tendo em vista à situação em que vivem os jovens de camadas populares, as esferas convencionais de sociabilidade já não oferecem respostas suficientes para preencher as expectativas desses jovens. Nos vazios deixados por elas constitui-se outra esfera ou dimensão de sociabilidade cuja marca principal é a transgressão.

---

outubro, cujo autor foi Mello Mattos, juiz de menores da então capital da República - Rio de Janeiro. O Código, de Mello Matos instituiu a vigilância de autoridades públicas que exercessem atividades com os menores (ROSA, 2011, p. 190).

Esses jovens vivem em regiões periféricas sem um sistema educacional, social e cultura adequado; sem oportunidades de emprego, quase sem perspectivas e, aonde prolifera o crime; aonde o crime encontra o ambiente mais propício para se perpetuar. O crime acaba por ocupar o lugar do Estado, combatendo as mazelas sociais a que a população está submetida: compram gás de cozinha, pagam tratamento médico; fornecem cestas básicas, etc. e, por conseguinte ganham a necessária proteção da população e serem de atrativo para jovens sem perspectivas. Neste sentido a questão da violência passou a ser discutida de forma mais veemente:

A violência é um fenômeno social que preocupa a sociedade e os governos na esfera pública e privada. Seu conceito está em constante mutação visto que não é fácil defini-lo, pois não existe um conceito absoluto. Enquanto um conceito mais restrito pode deixar de fora parte das vítimas, uma definição muito ampla recorre no perigo de deixar de fora parte das vítimas e de não levar em conta as micro violências do cotidiano (SOARES, 2005, p. 34).

Soares (2005) trabalha com dois (2) conceitos de violência: o primeiro é a violência física que ocorre quando um indivíduo ou grupo ataca a integridade de outro(s) indivíduo(s) ou grupo(s) e também contra si mesmo.

Já a violência simbólica refere-se ao abuso do poder baseado no consentimento que se estabelece e se impõe mediante o uso de símbolos de autoridade, como a violência verbal e também a violência institucional marginalização, discriminação e práticas de assujeitamento utilizadas por instituições diversas que instrumentalizam estratégias de poder. (VIGNOLI, 2011).

Analisar a questão dos adolescentes em conflito com a lei não apenas oferece novos caminhos para a compreensão do problema, mas também agrega uma nova energia e um novo direcionamento ao movimento em favor de sua diminuição e a proposta simplista de redução da maioria penal não ataca as causas do problema, mas sim a consequência, pois por essa visão equivocada, parece que os maiores crimes do Brasil são cometidos por adolescentes, o que não é verdade.

### ***1.2 Discutindo o ato infracional cometido por adolescentes***

O crime é, apesar de tudo é um acontecimento raro. A maioria das pessoas cumpre as regras sociais e o criminoso acaba por se tornar um sujeito à margem das leis, o que o torna marginal.

Não são todas as pessoas que cometem crimes, esses são exceção à regra geral. Bruno (1979, p. 61) *apud* Siqueira (2008, p. 1) informa que “a história do crime, no caso de crianças e adolescentes, segundo a legislação brasileira, ato infracional, tem poucas particularidades”.

É o delito típico, logo assim reconhecido e geralmente deve castigado com severidade, mesmo que de baixo teor. Hungria (1955, p. 25) *apud* Siqueira (2008, p. 1), fala com muita clareza a respeito do crime qualificando-o como um tipo central de ação por atentar contra a vida ou contra o patrimônio.

No caso dos adolescentes, o crime obedece à mesma classificação, mas ao longo da história tem sido tratado de acordo com sua importância. Schneider (2005: p. 98), em seus estudos, apresenta o conceito de delinquência com os diferentes enfoques positivistas, reformistas e tradicionalistas, e que nesse contexto de relacionamento com o ato do delito, tem recebido diferentes definições conceituais, conforme tabela 1.

TABELA 1 – Demonstrativo dos conceitos de marginalidade e delinquência sob os enfoques positivistas, reformistas e tradicionalistas.

CONCEITOS	ENFOQUES		
	Positivismo	Reformista	Tradicionalista
<b>Marginalidade</b>	Marginalidade é a vivência margem dos valores da sociedade em condições de recuperação social.	Marginalidade e a condição marginal de sujeitos que vivem a margem da sociedade em função das condições sociais a ele impostas por uma sociedade desigual.	Marginalidade é a condição do sujeito que vive a margem da sociedade cometendo ações que vão de encontro ao ordenamento jurídico constantemente.
<b>Delinquência</b>	É o ato de cometer crimes. Termo utilizado para ação criminosa de menores de idade	É o ato de infringir a lei por parte de adolescentes que necessitam de ações de tratamento social denominadas de medidas socioeducativas.	É o menor criminoso.

Fonte: Schneider (2005, p. 98)

Assim, a situação dos adolescentes em conflito com a lei:

É resultado das profundas contradições entre capital e trabalho e, surge, de forma mais aprofundada no século XIX, em função da miséria, da pobreza profunda e da fome, ou seja, da questão social, que coloca duas classes sociais: capitalistas e proletários em posições tão antagônicas, funcionando como um “divisor de água na história da sociedade e das relações entre os homens” (MARTINELLI, 2009, p. 53).

Na realidade o autor falar das contradições capital e trabalho que provoca desigualdade e fala de oportunidade, por ser o capitalismo um modelo econômico profundamente concentrador de renda.

### **1.3 Adolescentes em conflito com a lei**

Na atual situação de crise social, que envolve o empobrecimento econômico e a ausência de direitos que compõem o cenário, no tópicos do Brasil e, em especial a cidade de Manaus, causando a deterioração de valores básicos como: a dignidade, a solidariedade e a justiça, gerando um clima social que potencializa a situação de violência, os adolescentes acabam caminhando no sentido inverso dos valores humanos, pois a dignidade está relacionada com a honestidade, a moralidade, a respeitabilidade, a decência, o respeito a si mesmo e ao seu semelhante, amor próprio, e brio (CRONEMBERGER e TEIXEIRA, 2013).

Assim, sabe-se que a violência é um fato social, presente na sociedade de todos os tempos, mais que no Brasil de hoje se agravou bastante, por ter um sistema judiciário permissivo, um sistema policial corrupto e uma sociedade desigual. A violência é um fenômeno que aparece de diversas formas e, uma delas e a mais evidente, é o crime, na face de homicídio, de latrocínio, de assalto, de tráfico de drogas, conforme aponta a tabela 2:

TABELA 2 – Demonstrativo do número de adolescentes acusados de homicídio, latrocínio, de assalto, de tráfico de drogas no Brasil – 2015/2017.

ANOS	MESES												TOTAL
	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ	
<b>2015</b>	756	810	837	1.188	1.026	1.539	1.404	324	216	218	1.053	513	<b>9.884</b>
<b>2016</b>	999	972	1.404	648	864	702	945	216	513	405	810	783	<b>9.261</b>
<b>2017</b>	1.377	648	1.053	810	675	621	297	405	459	567	864	1.134	<b>8.910</b>

Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2010).

Os dados apontam uma pequena queda no número de homicídios cometidos por adolescentes no Brasil, entre os períodos de 2007 (9.884) para 2009 (8.910), mesmo assim, esses dados são alarmantes. A queda não representa dizer que os números estão melhorando, pois, o ato de cometer homicídio não combina com os valores da sociedade

de respeito ao ser humano. Aqui, as causas dos homicídios cometidos podem estudados de forma mais aprofundada, na tentativa de entendê-los, mas não se pode compreender esse fenômeno sem uma análise de suas múltiplas causas. Meneghetti (2014, p. 8) diz com muita propriedade:

O indivíduo humano não pode viver sem a conexão social porque, independentemente de como se queira entendê-lo, o social continua sendo o todo permanente no qual se realiza o processo de individualização. É óbvio que o conceito de sistema continua permanece um apelativo de valor de tudo o que é biologia social, permanece um apelativo mais técnico, mais avançado (MENEGETTI, 2014: p. 8).

Meneghetti (2014) faz referência à questão social como fundamento de uma violência institucionalizada pelo sistema social. E isso é grave. Precisa-se de humildade para se proceder a uma leitura integral dos fenômenos da vida. Ninguém é portador da verdade.

Ela está em todo o lugar e pode fugir se empregarmos métodos inadequados, antiquados ou desrespeitadores da complexidade da vida. Cada passo é importante. Cada visão é imprescindível para o resgate da humanização do conhecimento (MENEGETTI, 2014).

#### ***1.4 Políticas de enfrentamento de violência de adolescentes em conflito com a lei***

As Políticas Públicas de enfrentamento e proteção de violência de adolescentes em conflito com a lei no Brasil orienta-se pelo pressuposto de que no desenvolvimento da Política Social brasileira tem-se um conjunto amplo e variado, mas descontínuo e insuficiente de programas sociais direcionados para segmentos empobrecidos da população.

Essas políticas públicas não são configuradas no Brasil como estratégia única para enfrentamento da violência de adolescentes, apesar do ECA, acabando por assumir uma perspectiva marginal e assistencialista, desvinculada das questões sociais como um todo. Mas na grande maioria das vezes esses projetos e programas não incorporam as famílias por exemplo.

A família exerce um preponderante papel na descoberta dos problemas de relacionamento social que o adolescente começa a enfrentar nesta fase de sua vida, principalmente, quando pertencente as classe mais baixas da população.

Também a escola é uma parceira na formação da personalidade do adolescente, quando há um comprometimento nesta formação, quer seja pelo comportamento agressivo apresentado ou pelas formas de se comportar em sala de aula, acionar setor

competente para que o adolescente possa ser acompanhado em sua formação educacional. Uma parte da letra da música "*Falcão*", de 2006 do *rapper* carioca MV Bill, apresenta de forma objetiva a realidade que se espalhou pelo Brasil:

Drogas, armas, sem futuro, moleque cheio de ódio invisível no escuro. É fácil vir aqui e mandar matar, difícil é dar uma chance à vida. Não vai ser a solução mandar blindar, o menino foi pra vida bandida. É tipo peste, tá no sudeste, tá no nordeste, no centro-oeste.

Nesse sentido, as ações desses adolescentes não podem ser consideradas sem que se leve em conta à antropologia cultural da sociedade em que vive. É, sobretudo uma parte deste culturalismo que às vezes explode em expressões mais agressivas, que são o reflexo das condições impostas para a sobrevivência dos grupos. Culturalismo que explora os usos, costumes e tradições de uma determinada classe social ou de um determinado povo.

De um modo bastante forte e contestador esses adolescentes demonstram sua rejeição ao tipo de vida dos pais e dos avós. As frustrações marcadas pela pobreza, miséria e desagregação familiar, decorrentes da vergonhosa e injusta distribuição de renda, que caracterizam, além da falência das políticas públicas básicas, podem ser relacionadas como principais causas da violência urbana e, principalmente, da delinquência juvenil é encarada como algo a ser negado e evitado.

## **2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA POLÍTICA DE ATENDIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL**

Em 1927 foi instituído no Brasil, o Código de Menores (Decreto nº 17943-A, de 12 de outubro de 1927) que regulamentava a situação de crianças e adolescentes que deveriam ficar sobre a tutela do Estado, ou seja, aquele menor de idade que estava em situação irregular. Foi sem dúvida um avanço na legislação, pois estabelecia uma nova visão entre o menor abandonado e o menor delinquente, justamente para estabelecer a ação do Estado (GARCIA, 2008).

A partir das determinantes normativas foi criando Juizado de Menores, justamente para tratar o menor de forma diferenciada do que vinha sendo aplicado Esse Código durou a 1979 quando foi realizada uma revisão de seus termos. Na 1967 foi reduzida a idade mínima para o trabalho que passou a ser de doze (12) anos. Com relação à defesa de direitos de crianças e adolescentes, tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA vem na esteira de um movimento mundial e de normas internacionais que representam uma mudança de paradigma quanto à infância e juventude.

### **2.1 O Conselho Tutelar**



O Conselho Tutelar é um órgão criado a partir da aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, com o objetivo, segundo Liberati (2013, p. 125) de promover o desempenho e a execução do ECA; é um órgão independente, mas sem atribuição jurisdicional. Sua atuação está restrita ao âmbito municipal; É instituição pública, mas que não possui personalidade jurídica. Seus serviços são de natureza pública. Liberati (2013, p. 126) destaca:

Os conselheiros tutelares, eleitos por suas comunidades respectivas, prestam serviços públicos, mas não são agentes públicos, pois não se trata de cargo público efetivo e sim eletivo, mesmo a despeito de prestarem um serviço de utilidade pública.

O Conselho Tutelar tem por atribuições, definidas no art. 136 do ECA:

I – atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII; II – atender e aconselhar os pais ou responsáveis, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII; III – promover a execução de suas decisões, podendo para tanto: a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança; b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações; IV – encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente; V – encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência; VI – providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional; VII – expedir notificações; VIII – requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário; IX – assessorar o poder executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente; X – representar, em nome da pessoa e da família, contra violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, II da Constituição Federal; XI – representar ao Ministério Público, para efeito das ações de perda ou suspensão do pátrio poder.

Então, o Conselho Tutelar é órgão colegiado e somente como tal pode funcionar, sendo suas deliberações tomadas pela maioria simples dos membros do colegiado, sob pena de nulidade. Suas decisões somente poderão ser revistas pela autoridade judiciária, mediante provocação da parte interessada ou do Ministério Público. Como se pode observar os trâmites das medidas socioeducativa segue rito processual próprio. Ao menor de 12 anos não existe a prisão em flagrante; ao maior de 12 anos até 18 anos, o rito é o mesmo estabelecido pelo ordenamento jurídico brasileiro para os adultos, ou seja, considerando todas as determinações do art. 302 do Código de Processo Penal e, os procedimento do artigo 173, além de comunicar imediatamente o Conselho Tutelar que vai tomar as providências devidas contidas no ECA.

Todas essas situações mereceram uma ação do CT, primeiro enquanto hipóteses e, depois de verificação, como encaminhamentos visando à resolução da violação de direitos. As medidas possíveis de serem aplicadas pelo CT a crianças e adolescentes também são discriminadas no ECA em seu art. 101. Assim, o CT pode, enquanto encaminhamento para crianças e adolescentes, providenciar:

I – o encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade (quando a criança ou adolescente não se encontra sob a companhia, guarda de fato dos pais ou responsável);

II – a orientação, apoio e acompanhamento temporários (quando a criança ou adolescente será encaminhado a um programa ou serviço de orientação, apoio e acompanhamento temporário. Um exemplo é o encaminhamento a programas de atividades suplementares a escola, centros de juventude, etc.);

III – a inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos; (quando o adolescente ou a criança é usuário de drogas ou tem algum distúrbio de comportamento);

IV – o abrigo em entidade (quando a criança ou o adolescente não se encontra em companhia dos pais ou responsável e não há como providenciar de imediato esta reaproximação ou, ainda, para proteger a criança ou adolescente da violência doméstica praticada por pais ou responsável).

### **3 AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI N° 8.069/1990)**

Nos dias de hoje é muito complexo o desenvolvimento de uma criança onde em seu seio familiar, há uma série de problemas que dificultam o seu crescimento, de forma sadia e sem problemas, muitas das crianças acabam indo parar nas ruas e dela fazerem sua moradia e seu centro de desenvolvimento, juntando-se com outros menores, que na mesma situação se encontram e formando entre si, o que se pode considerar como sendo uma de família substituta. Sem que ninguém determine limites em suas ações, acabam por se envolverem em situações perigosas e ilegais, tornando-se dessa forma um menor que comete infrações.

Para entender o processo de fazer reintegrar o adolescente em conflito com a lei através de medidas socioeducativas. O Ministério da Justiça procurou conhecer o perfil dos mesmos. Neste caso, uma pesquisa do Ministério da Justiça de 2012, é um parâmetro fundamental. Realizada em todas as capais dos vinte e seis (26) Estados Brasileiros e no Distrito Federal, com adolescentes que são assistidos por Centros que aplicam medidas

socioeducativas e que tem a missão de coordenar adolescentes que cometeram desvio de conduta.

Os adolescentes em conflito com a lei geralmente são naturais da própria cidade em que foi realizada a pesquisa. No caso de Manaus, a referida pesquisa indicou que 85,00%, nasceram em Manaus; 80,00% residiam em casa alugada e/ou cedida. 15,00% nasceram em alguma cidade do interior e 20,00% moravam em Casa própria, mas geralmente em áreas de invasão; suas residências são das mais variadas construções, como: 31% residindo em casa de alvenaria. 46,00% em casa de madeira, 23,00% em casa mista (construção de madeira e alvenaria). Segundo Kovarick (2015), a cidade de Manaus, que por volta dos anos 1960 possuía pouco mais de 600 mil habitantes, nos anos 1990 deu um salto para mais de 1 milhão e 200 mil habitantes, como resultado do fenômeno migratório em que a maior parte da população rural que habitava as regiões do interior do Estado do Amazonas, migraram para a Capital, atraídas e fascinadas pela fase de industrialização da Zona Franca de Manaus.

A enorme demanda quantitativa que deixou o seu "*habitat*" natural em busca de emprego, de educação de qualidade e do sonho da casa própria, fez surgir outros problemas urbanos como: as invasões de terras, fazendo surgir novos bairros, glebas, favela e palafitas, zonas consideradas como bolsões de miséria, localizadas na periferia urbana da cidade, onde a infra-estrutura é precária.

Os adolescente em conflito com a lei, em sua grande maioria (96%) era do sexo masculino, em todo Brasil em Manaus, cerca de 93%; tinham idade entre 12 à 18 anos, no Brasil em Manaus, especificamente. Pode-se observar na pesquisa que a faixa etária com relação à escala ascendente iniciada, conforme a tabela 03:

TABELA 03 – Idade dos adolescentes

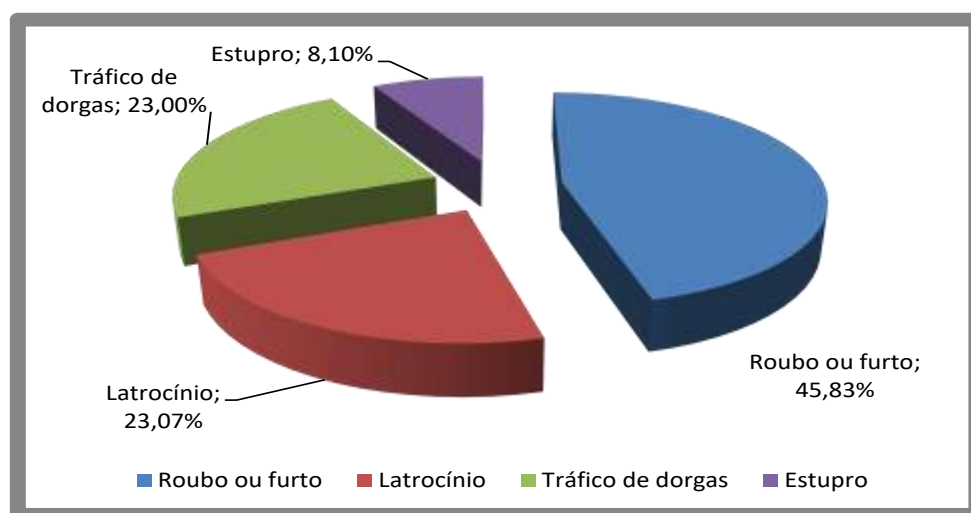
FAIXA ETÁRIA	QUANTIDADE	%
12 anos	0	00
13 anos	0	00
14 anos	0	00
15 anos	02	15,38
16anos	03	23,08
17 anos	03	23,08
18 anos	05	38,46
Total	13	100

Fonte: Ministério da Justiça/2012.

A pesquisa apontou que: 15,38% tinha a idade de 15 anos; 23,08% tinham a idade 16 anos/ 23,08%, 17 anos e 38.48% tinham a idade de 18 anos. No caso de Manaus, as variações são insignificantes, ou seja, os números de Manaus estão bem próximos dos

números do Brasil como um todo. O gráfico 1 aponta que 45,83% cometeram ato infracional por atentado contra o patrimônio (furto, roubo) enquanto que 23,07% cometeram o mais hediondo dos crimes que é matar para roubar, o chamado crime de latrocínio; 23,00 tráfico de drogas; e, 8,07% estupro, conforme depoimentos a seguir, contidos na pesquisa do Ministério da Justiça (2012):

GRÁFICO 1 - Tipos de crimes cometidos por adolescentes



Fonte: Ministério da Justiça/2012.

Os depoimentos dos jovens esclarecem bem essa situação:

- Roubei a escola lá de perto de casa. Eu estudava lá, e precisava de um DVD, fui lá e roubei (Entrevista realizada em 2012 – J. L.A. S. 17 anos em São Paulo);
- Roubei um posto de gasolina junto com um colega, o cara do posto reagiu, a gente avisou que só queria o dinheiro, mas ele quis encarar e eu atirei nele (Entrevista realizada em 2012 – H. P. F. I. – 16 anos, em Belo Horizonte).
- Tava querendo roubar somente, mas o velho do mercadinho fez menção que ia meter a mão na gaveta e eu puxei o gatilho, não sabia que ele tinha morrido, só quando a polícia chegou, pois uma vizinha tinha me visto (Entrevista realizada em 2012 - Q. A. Z. 17 anos, em Recife).
- Tava cobrando pedágio, o cara não quis pagar e ainda tentou me bater, furei ele (Entrevista realizada em 2012 -W. S. X. 18 anos, Salvador).
- Eu namorava ela e não sabia que era virgem, tentei e ela não quis ai partir pro tudo ou nada; deu no que deu (Entrevista realizada em 2012, P. H. da S.. 17 anos, Manaus).
- Há eles me ofereceram dinheiro e eu fiz, já que não arranjo trabalho. Vendia drogas mesmo (Entrevista realizada em 2012, J. A. H. 15 anos, Distrito Federal).

Os depoimentos indicam que a relação dos adolescentes com o crime é muito tênue, pois muitos motivos os levam a cometer o delito. Destaca-se, por exemplo, o caso do menor que afirma que precisava de um DVD e resolveu roubar a escola, local, segundo ele que possuía o objeto de seu desejo. Sua relação com este objeto está no fato de que alguns amigos o possuíam e ele não, então resolveu roubar. O segundo depoimento, apresenta um adolescente que cometeu um crime de latrocínio, ou seja, matou para roubar, ele destaca que não queria atirar, mas acabou atirando e matando. O fato apresentado tem uma característica fundamental. O adolescente não teve o controle emocional necessário para evitar uma situação de confronto e acabou cometendo um crime perverso. Afirma o adolescente que avisou que só queria o dinheiro, pedindo para o frentista não reagir.

É necessário entender em que nível se deu esta “reação”, pois diante de uma arma dificilmente alguém reage. Talvez a falta de controle emocional do adolescente tenha proporcionado uma visão equivocada da reação.

O terceiro depoimento apresenta as mesmas características do segundo depoimento, com um adendo, a completa insensibilidade do menor quanto aos resultados de sua ação. O quarto depoimento apresenta um fato rotineiro em áreas periféricas da cidade, o pedágio. Neste algumas pessoas fecham uma rua, ou uma passagem qualquer e exigem o pagamento em dinheiro das pessoas para passarem pelo local. Também aqui, a relação com o crime está muito próxima, pois nestes locais a incidência de consumo e tráfico de drogas é muito grande, segundo dados da Secretaria de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania. O quinto depoimento fala do estupro cometido, e o adolescente afirma que julgou que sua namorada não fosse mais virgem e por acreditar somente na sua verdade, o que o levou a cometer o ato infracional; o sexto depoimento fala da falta de perspectiva social, ou seja, o menor precisava trabalhar e como não consegue uma colocação nem de menor aprendiz, o levou ao mundo do crime.

Para estes adolescentes, a prática de ressocialização leva em conta a recuperação da autoestima, com base no fortalecimento de relações afetivas, solidárias e fraternas que envolvam a recuperação da sensibilidade e do saber que o que fez é errado. Neste sentido, muitas atividades são realizadas, como atividades esportivas que recuperam o sentido de coletividade e atividades artísticas que estimulam e recuperam a sensibilidade, trazendo a tona autoestima do adolescente (GONÇALVES, 2014).

Com relação à escolaridade dos adolescentes que cometeram ato infracional 62% são alfabetizados, 8% já completaram o ensino fundamental, 15% ainda não completaram esta modalidade de ensino e 15% estão cursando o ensino médio:

O ato infracional cometido por adolescentes está somente relacionado com a baixa escolaridade, como, também e, fundamentalmente com uma família desagregada

e uma política social inexistente que transforma o jovem das classes menos favorecidas em um ser sem perspectiva. (RODRIGUES, 2014, p. 165)

Os adolescentes em conflito com a lei residem com os pais, ou somente com a mãe ou pai. Sendo que 7,7% residem com os pais, 38,5% residem com o pai e 53,84 residem com a mãe. Apenas 15,38% residem em casa própria e 74,5% residem em casa alugada. Pois a renda de seus pais ou responsáveis não comporta a compra de uma casa própria.

A pesquisa apontou que há um índice maior de adolescentes que residem com a mãe, em seguida com o genitor. As famílias monoparentais podem ter uma situação de vida mais frágil do que as famílias consideradas clássicas.

Os efeitos desta situação, no entanto, tendem a ser minimizados para os filhos segundo a condição sócio-econômica e cultural do chefe da família, segundo o vínculo mantido com o pai ou a mãe não residente, de acordo com os laços sociais que a família conserva, e na medida da eficácia das políticas familiares.

A renda familiar a principio podem ser percebidas pela desigualdade econômica social o qual reflete no perfil dos participantes da pesquisa a começar pelos lugares onde residem. A realidade da renda familiar e proveniente da baixa qualificação de seus genitores. A pesquisa indicou que 7,69% recebiam um salário inferior a um mínimo, 61,53% recebiam um salário mínimo e 30,76% recebiam dois salários mínimos. A renda familiar é caracterizada como sobrevivência familiar.

A falta de condições financeira para se viver bem é justificável pela habilitação e despreparo do caboclo, vítima do êxodo rural para competir no exigente mercado de trabalho, pois os marginalizados não possuem especializações profissionais. Um outro fator que justifica esse fato, é a realidade do desemprego, que determina a pobreza social. May (2014, p. 123) observa:

De fato os problemas econômicos são os fatores determinantes para a que a família perca muito dos seus valores. Não ter escolaridade apropriada não quer dizer que a pessoa não possua valores ético e morais, mas esses começam a se perderem a partir do momento em que falta comida, falta dinheiro para mandar o filho para a escola. Neste sentido a pessoa, perde completamente seu senso moral e busca a sobrevivência.

Os problemas socioeconômicos e financeiros impõem aos adolescentes a procura de sobrevivência na rua, que se transforma em via de acesso à carreira que leva à delinquência. Uma grande soma desses menores foram abandonados pelos pais. Alguns são indigentes, órfãos e sem identidade nominal desconhecem sua descendência e sua afiliação materna e paterna. Em consequência, estes buscam as drogas como meio para amenizar a realidade existente, sendo esta uma forma ilusória (OLIVA e KAUCHAKJE, 2009).

No caso dos menores infratores ela não se difere muito em seu rito processual daquilo que está estabelecido em todo o ordenamento jurídico nacional, como a própria Carta da República de 1988, o Código Penal e o Código Processual Penal, embora às discussões seja muito variadas e contraditórias em relação a esse rito, principalmente após o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, que procedeu a novos mecanismos no trato com menores infratores. No caso das medidas socioeducativas, introduziu a participação do Conselho Tutelar no processo, justamente no encaminhamento as redes de apoio e proteção à criança e o adolescente e aos programas.

Nesta perspectiva, o Conselho Tutelar desenvolve um papel imprescindível na luta pela garantia dos direitos da criança e do adolescente, ficando evidente, portanto, que este órgão autônomo, não jurisdicional também juntamente com a família é responsável pela defesa de crianças e adolescentes que estão em conflito com a lei por terem cometido um delito ou crime.

#### **4 CONCLUSÃO**

As análises e reflexões argumentativas sobre a questão do adolescente em conflito com a lei e a função do serviço social produziram um só indicativo: O Estado e a família, juntos têm a função de proteger os jovens das mais diversas atrações negativas que o mundo lhe oferecem com sonhos e atitudes. Sem dúvida que são inúmeros os problemas registrados no cotidiano de jovens de periferia.

Esses problemas aparecem sempre motivados por uma infinidade de carências ou excessos na relação com os pais, com a escola, como os colegas na rua. Diante disso, a comunidade onde eles estão inseridos é o espaço, aonde vem à tona todas as situações não resolvidas. A natureza desses comportamentos quase sempre traz distorções de caráter e tornam as relações humanas mais artificiais e menos autênticas.

Então, quando estes problemas são identificados, além das providências legais e administrativas, O Estado deve proceder a uma forma de identificar causas e combatê-las com a decisiva participação familiar. Ao longo do estudo, alguns autores, informaram métodos eficientes de ação no enfrentamento do problema, mas considerando sempre a interação entre o Estado e suas instituições e a família. Essa preocupação será atual em qualquer época, pois não existe sinal maior de confiança e adesão do que a vivência no problema.

Outros autores confirmaram que o cotidiano da vida dessas famílias de periferia pode ser alterado com o ingresso do mundo do crime, seja pelo uso ou tráfico de drogas ou, ainda, pela cometimento de assassinato, e que, a família se desinstala com a chegada

do novo, enquanto o Estado encara essa novidade como se não fosse com ele. Evidente que é um problema comum e, família e Estado não podem se esconder do problema.

Assim, conclui que:

1) As medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei são de cunho educativo e de ressocialização, todavia muitos elementos, no que se refere à questão dificultam a realização dessas medidas em sua plenitude.

2) a situação sócio-econômica dos adolescentes em conflito com a lei que cometeram homicídio é precária, potencializando a reincidência do ato infracional.

Neste sentido propõe-se que uma parceria seja formada pelas instituições que trabalham com adolescentes em conflito com a lei no sentido de proporcionar uma educação continuada aos profissionais que trabalham eles de forma bastante específica com finalidade de tratar do problema mais especificamente, já que estes adolescentes precisam de atenção especial e não geral.

## REFERÊNCIAS

BILL, MV. **Falcão**. Rio de Janeiro: Warner Music, 2006. Faixa 1. CD. .

BRASIL. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva: 2004. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 10 de ago de 2018

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em 9 de fev de 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 17.943 de 12 de outubro de 1924 – Código de Menores**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1924. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 9 de fev de 2021.

BRASIL. **Estatísticas da violência cometida por menores no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. disponível <http://www.mjc.gov.com.br>. Acesso em 9 de fev de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 9 de fev de 2021.

CRONEMBERGER, I. H. G. M.; TEIXEIRA, S. M. **Famílias vulneráveis como expressão da questão social, à luz da política de assistência social**. Revista Eletrônica informe econômico Ano 1, n. 1, ago. 2013.

GARCIA, H. dos S. **ECA: instrumento de proteção legal no Brasil**. São Paulo, Summus, 2008.



GONÇALVES, T. A. **O direito da criança e do adolescente e o direito do consumidor.** Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo - Vol. IV | n. 14 | JUNHO 2014.

LIBERATI, W. D. **Conselhos e fundos de direitos da criança e do adolescente.** São Paulo, Malheiros, 2013.

MARTINELLI, M. L.; ON, M. L. R.; MUCHAIL, S. T. (org.). **O uno e o múltiplo nas relações entre as áreas do saber.** 2ª. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

MAY, R. **O homem a procura de si mesmo.** 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

MENEGHETTI, D. **As regras morais e éticas para crianças e adolescentes.** São Paulo: Papyrus, 2014.

NASCIMENTO, L. P. do; SILVA, R. L. da. **Crianças e adolescentes internautas como alvo da criminalidade online:** pedofilia e pornografia na internet. Xi Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. VI de Trabalhos Jurídicos e Científicos. 2014.

OLIVA, J. C. G. A.; KAUCHAKJE, S. **As políticas sociais públicas e os novos sujeitos de direitos:** crianças e adolescentes. Rev. Katál. Florianópolis v. 12 n. 1 p. 22-31 jan./jun. 2009.

RODRIGUES, P. **O mundo novo depois do ECA.** São Paulo: Summus. 2014.

ROSA, E. T. S. **Adolescente com prática de ato infracional.** Revista quadrimestral de serviço social & sociedade. Ano XXII, nº. 67, setembro de 2011.

SANTOS, R. dos. **O atendimento social a adolescentes em situação de vulnerabilidade social:** um relato de experiência. Rev. Triang.: Ens. Pesq. Ext. Uberaba – MG, n. esp.dez., p. 53-63, 2011.

SCHNEIDER, S. **Marginalidade e delinquência juvenil.** Porto Alegre: FETAG/RS, Série Documentos n.1, jan. 2005.

SCISLESKI, A. **Governando vidas matáveis:** as relações entre a saúde e a justiça dirigidas a jovens em conflito com a lei. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Psicologia – PUCRS. Orientadora: Profª. Drª. Neuza Maria de Fátima Guareschi. Porto Alegre, setembro de 2010. Versão digitalizada.

SIQUEIRA, P. L. da S. **Adolescentes e sociedade.** São Paulo: Summus, 2008.

SOARES, E. O. de S. **A democracia e a utilização de seus conceitos na história da humanidade.** São Paulo: Rodrigues Alves, 2005.

TEIXEIRA, M. de L. **Liberdade Assistida – Uma polêmica em aberto**. São Paulo: IEE/PUC/SP, 2014.

VIGNOLI, F. de G. **Sociedade (in)discriminatória**. Artigo. 2011. Disponível em <http://www.criancaadolescente.com.br>. Acesso em 9 de fev de 2021.

## PROVA E FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA

**FERNANDA HENRIQUES GONÇALVES ZOBOLI:**

Formada em Direito pela Faculdade Milton Campos, pós-graduada em Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho, mestranda na área de processo civil na PUC/SP. Juíza de Direito do TJSP.

**Resumo:** O presente artigo pretende discorrer sobre a origem da exigência de fundamentação das decisões judiciais e sua evolução até o Código de Processo Civil de 2015, abordando o aspecto da constitucionalização do processo e analisando como prova, fundamentação e sentença se relacionam e como a ausência da justificação de quais provas foram consideradas e quais foram refutadas, assim como a correlação entre todas as provas produzidas pode levar à nulidade da sentença.

Palavras-chave: PROVA – FUNDAMENTAÇÃO - SENTENÇA

**Sumário:** I. Introdução. II. Fundamentação ou motivação? III. Surgimento e evolução histórica. IV. Concepções endoprocessual e extraprocessual da fundamentação. V. A fundamentação no Código de Processo Civil. VI. A análise da prova. VII. Consequências da falta de fundamentação. VIII. Conclusão. Referências.

### I. Introdução

O direito à produção de prova no processo civil é importante instrumento e desdobramento do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. No entanto, para que haja certeza de que as provas produzidas foram consideradas no julgamento é imprescindível a obrigatoriedade da fundamentação da sentença, que se apresenta como um modo de controle da função jurisdicional.

Pretendemos aqui fazer uma análise de como prova, fundamentação e sentença se relacionam. Para tanto, exploraremos primeiro o conceito de cada um deles.

Começaremos pela prova, instrumento indispensável de que se utilizam as partes para comprovarem as questões processuais, isto é, os fatos controvertidos.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart apontam que a prova está ligada à reconstrução de um fato apresentado ao juiz e que lhe permite ter certeza sobre os eventos ocorridos. Nesse sentido, trazem o conceito de Liebman para quem as provas são

“os meios que servem para dar conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico”<sup>76</sup>.

Ocorre que tanto a reconstrução de um fato passado, quanto a certeza de sua existência são ideias que se encontram superadas pela doutrina. Isso porque é impossível a repetição de algo que já aconteceu, assim como chegar-se à precisão das suas circunstâncias.

Melhor, portanto, um dos significados trazidos por Michele Taruffo, para quem “La prova, dunque, svolge la funzione di fondamento per la scelta razionale dell’ipotesi destinata a costituire il contenuto dela decisione finale sul fatlo”<sup>77</sup>.

Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, após citarem as definições de prova do que nomeiam como sendo a melhor doutrina, apresentam conceito próprio que nos parece adequado para o presente estudo segundo o qual a prova judiciária é “o conjunto de meios que permite a confirmação, no bojo do processo, das alegações de fatos apresentados pelas partes”<sup>78</sup>.

Por sua vez, a sentença tem conceituação legal, expressa no Código de Processo Civil, que dispõe ser “o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução” (art. 203, §1º).

Trata-se de uma definição mista que considera a sentença como sendo o pronunciamento do juiz que coloca fim à fase de conhecimento ou à fase de execução, com ou sem análise do mérito.

O artigo 489 do Código de Processo Civil enumera três elementos essenciais da sentença, são eles: relatório, fundamentos e dispositivo.

A presença dos fundamentos como um dos elementos essenciais da sentença demonstra a preocupação do legislador em refletir na lei infraconstitucional os valores expressos na Carta Magna. Isso porque a obrigatoriedade da fundamentação tem previsão na Constituição Federal como direito fundamental e como desdobramento do Estado Democrático de Direito.

---

76 MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção. São Paulo: RT, 2019. p. 66/67.

77 TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali*. p. 421.

78 OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Curso de direito processual civil**: volume 2: tutela de conhecimento. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2016. p. 208.

Com a evolução do Direito Processual Civil, deve-se pensar o processo sempre a partir da Constituição. Vejamos, portanto, a redação do 93, inciso IX, da Constituição Federal:

Art. 93. (...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

O artigo consagra da garantia da motivação das decisões, que comina pena de nulidade para as decisões judiciais desmotivadas e compõe o conteúdo mínimo do devido processo legal.

A fundamentação é a exposição, lançada na decisão, das razões de fato e de direito que convenceram o magistrado a decidir a questão. É considerada garantia por ser o meio utilizado a fim de evitar o arbítrio do juiz e permitir a controlabilidade do exercício do Poder Judiciário.

Conquanto o constituinte tenha optado pelo termo fundamentação, como visto, a palavra motivação também é utilizada e há ampla discussão doutrinária sobre a existência ou não de diferenciação entre os vocábulos.

## **II. Fundamentação ou motivação?**

O professor Olavo de Oliveira Neto defende a diferenciação dos termos motivação e fundamentação, apontando que a motivação coincidirá com a fundamentação em um mundo ideal, no entanto, pode ocorrer de os motivos que levaram à decisão não estarem expressos na fundamentação, sendo eles a motivação interna do magistrado, muitas vezes desconhecida, como no exemplo do juiz corrupto, que irá decidir instigado pela propina recebida o que, por motivos óbvios, não estará expresso na decisão.<sup>79</sup>

O professor João Batista Lopes também conclui pela diferenciação, como destacado na dissertação para obtenção do título de Mestre de Pétrick Joseph Janofsky Canonico:

---

<sup>79</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Curso de direito processual civil**: volume 2: tutela de conhecimento. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2016.

Motivação ou fundamentação? João Batista Lopes observa que a doutrina majoritária não faz distinção entre os termos. Distingue-os, porém, o autor. Motivação é “o conjunto de motivos que levam o juiz a formar sua convicção”, ao passo que fundamentação “é uma garantia dos jurisdicionados e dever do juiz consistente em indicar as razões em que se louvou para decidir num ou noutro sentido”.<sup>80</sup>

Como destacado pelo autor, a doutrina majoritária não faz distinção entre os termos.

Refletindo sobre a natureza jurídica da motivação, Michele Taruffo sustenta que não há relevo jurídico ou lógico para os argumentos do juiz que permanecem em sua mente e não são expressos na decisão, de modo que é possível concluir pela coincidência entre o ato de motivar e a enunciação dos argumentos no documento escrito<sup>81</sup>.

Cientes da divergência doutrinária, optaremos neste estudo por prosseguir considerando motivação e fundamentação como sinônimos, uma vez que importará estudar as razões da decisão que efetivamente serão consideradas para o julgamento e a forma como ela se relaciona com a prova, deixando de lado eventual móvel interno que tenha o julgador, em especial porque, como veremos, a obrigatoriedade da fundamentação busca justamente afastar a possibilidade de que razões desconhecidas levem a uma decisão eventualmente parcial, assim como pretende permitir o controle tanto das partes e das instâncias recursais, quanto da população, em uma vertente democrática.

### III. Surgimento e evolução histórica

Superada a questão da terminologia, cumpre-nos discorrer acerca do surgimento da motivação como requisito obrigatório das decisões. Aqui iremos nos valer das importantes lições de Michele Taruffo, que coloca o surgimento da motivação nos ordenamentos processuais europeus na segunda metade do século XVIII.<sup>82</sup>

O autor destaca que antes do século XVIII era possível observar de forma difusa e não obrigatória o fenômeno das decisões fundamentadas, como na Itália, as sentenças

---

80 PONTES, Pétrick Joseph Janofsky Canonico. A motivação suficiente das decisões judiciais: comitês e equilíbrio entre as garantias constitucionais e a administração da justiça. São Paulo, 2019, p. 10. Disponível em:

<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22887/2/P%c3%a9trick%20Joseph%20Janofsky%20Canonico%20ontes.pdf>. Acesso em 06/11/2020.

81 TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreym Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 379.

82 TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreym Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 276.

pronunciadas por juízes longobardos, as sentenças pisanas do século XII ou as pronúncias motivadas do Tribunal do Júri na Alemanha.

Ressalta-se, no entanto, que ainda eram prevalentes as sentenças sem fundamentação.

Embora seja possível estabelecer um momento histórico de surgimento do princípio da obrigatoriedade de fundamentação na Europa, não se pode dizer que houve movimento homogêneo e globalizado que influenciou os legisladores.

Na França, por exemplo, com o advento da Revolução Francesa, na tentativa de controlar a legalidade do juízo, foi sancionada a obrigatoriedade da motivação, no art. 15, Tit. V, da Lei de Organização Judiciária de 1790 e no art. 208 da Constituição do ano III.

Tratava-se de uma forma de oposição dos revolucionários (e não de uma evolução jurídica com raízes doutrinárias e filosóficas), que trazia uma visão democrática de justiça em contraste ao exercício arbitrário do poder por parte do judiciário que existia no regime antecedente.

O destinatário da motivação era o *Tribunal de Cassation* (ligado diretamente ao poder legislativo), cuja função era a de "vigiar" o judiciário a fim de que este sempre seguisse o texto legal, sem margem para interpretações.

A obrigatoriedade da motivação surge na França, portanto, em um contexto de controle do judiciário pelo legislativo.

Michele Taruffo aponta ainda que no mesmo momento da história o dever de motivação apareceu na legislação processual prussiana. Entretanto, ao contrário do que ocorria na França, o surgimento teve origem em um dever anterior de fundamentação secreta destinada ao juízo recursal, com a inovação de que se põe de lado o caráter oculto, para destinar os motivos também ao conhecimento das partes.

Enquanto isso, na Itália, apenas a legislação napolitana (1774) e o código barbacoviano do Principado de Trento (1788) previram a obrigatoriedade da motivação.

Seguindo para o século XIX, nos valeremos das lições de Barbosa Moreira<sup>83</sup>, que ensina que o dever de motivação passou a ser um traço comum à maioria dos códigos

---

83 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito*. in "Temas de direito processual". 2ª Série. São Paulo: Saraiva.

processuais. Além da previsão nas constituições da Itália, Bélgica, Grécia, Colômbia, Haiti, México e Peru.

Outros países, como a Alemanha, apesar de não possuírem a regra constitucional expressa, encaram a fundamentação como desdobramento de princípios constitucionais, no caso do exemplo citado, do direito de ser ouvido em Juízo.

Mesmo no direito inglês, cujo ordenamento é de common law, tem-se a tradição de motivar as decisões, em especial nas Cortes Superiores, inclusive pela importância das razões de decidir no sistema de precedentes.

O artigo "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito" demonstra a preocupação de Barbosa Moreira com a aceção constitucional da obrigatoriedade da motivação. Isso porque, como exposto no próprio texto, tal garantia já estava prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde o Código Filipino, todavia, ao tempo em que o artigo foi escrito (1978), ainda não se observava na Constituição expressa consagração do dever de motivar.

Felizmente, a obrigatoriedade da fundamentação ganha status de garantia constitucional na Constituição Federal de 1988.

#### **IV. Concepções endoprocessual e extraprocessual da fundamentação**

Desde o século XVIII é possível vislumbrar, embora de forma difusa, duas concepções diversas da motivação: a endoprocessual e a extraprocessual.

A função endoprocessual da fundamentação consiste em permitir às partes que possam conhecer as razões da decisão, a fim de que afirmem a imparcialidade do juiz, verifiquem a legitimidade da decisão e constatem que seus argumentos e as provas que produziram foram considerados. A partir disso, poderão se convencer da justeza da sentença, ou, alternativamente, discordando do seu conteúdo, dela poderão recorrer. Ainda na função endoprocessual, a motivação é destinada ao juízo recursal.

Sobre o tema discorre Barbosa Moreira:

Assim é que se registra, por exemplo, a importância da motivação para a correta interpretação do julgado, para a determinação precisa do respectivo conteúdo – o que pode revestir grande significação quando se queira delimitar o âmbito da *res iudicata*. Com maior vigor ainda costuma-se acentuar o papel da motivação na economia das impugnações: mesmo deixando de lado, porque frequentemente desmentido na prática, o suposto valor persuasivo das boas fundamentações, a que se pretende atribuir o efeito de desencorajar



a interposição de recursos, restam outros dois aspectos de inegável relevância: só o conhecimento das razões de decidir pode permitir que os interessados recorram adequadamente e que os órgãos superiores controlem com segurança a justiça e a legalidade das decisões submetidas à sua revisão.

E prossegue:

Várias são as manifestações dessa função de garantia que se atribui à obrigatoriedade (e à publicidade) da motivação. Ela começa por ministrar elementos para aferição, *in concreto*, da imparcialidade do juiz: só pelo exame dos motivos em que se apoia a conclusão poder-se-á verificar se o julgamento constitui ou não o produto da apreciação objetiva da causa, em clima de neutralidade diante das partes.

O mesmo se dirá da legalidade da decisão: sem conhecer as razões que a inspiram, impossível saber se ela é ou não conforme à lei.

(...)

*Last but not least*, trata-se de garantir o direito que têm as partes de ser ouvidas e de ver examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado. 84

Por outro lado, a função extraprocessual torna possível o controle externo do Poder Judiciário por parte da sociedade como um todo.

A ideia de que a motivação das decisões se destina também à opinião pública visando à controlabilidade é exposta por Michele Taruffo e Barbosa Moreira, este último defende que a violação à garantia da motivação é um defeito que ameaça potencialmente a todos.

Em contraponto, Luigi Montesano aduz que a motivação se destina aos operadores do direito, pessoas que tenham conhecimento dos termos jurídicos e capacidade para compreender a linguagem técnica, e não a toda a população. 85

---

84 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito*. in "Temas de direito processual". 2ª Série. São Paulo: Saraiva. p. 83-95.

85 Controlli esterni sull'amministrazione della giustizia e funzioni garantistiche della motivazione. La sentenza in Europa – método técnica e stile. Padova:Cedam, 1988, pp. 435-438.

O ordenamento jurídico brasileiro atual, sob a égide da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Civil de 2015, abarca as duas dimensões da motivação. Considerando que vivemos um Estado Democrático de Direito, a publicidade e a motivação das decisões são essenciais para que a sociedade tenha conhecimento dos atos do Poder Judiciário, evitando a arbitrariedade. No que se refere à dimensão endoprocessual, a motivação está diretamente ligada a outros princípios constitucionais do direito como o contraditório e a ampla defesa.

Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero ensinam que<sup>86</sup>:

O problema da extensão do dever de motivação das decisões judiciais tem de ser resolvido à luz do conceito de contraditório. É por essa razão que o nexó entre os conceitos é radical. E a razão é simples: a motivação das decisões judiciais constitui o último momento de manifestação do direito ao contraditório e fornece seguro parâmetro para aferição da submissão do juízo ao contraditório e ao dever de debate que dele dimana. Sem contraditório e sem motivação adequados não há processo justo.

Não basta às partes que exercitem seu direito de defesa, é preciso que a sentença aponte que os seus argumentos foram considerados, numa acepção substancial do contraditório. De nada adiantaria dar acesso à jurisdição se os argumentos trazidos aos autos e as provas produzidas fossem ignoradas no julgamento final.

E aqui nos interessa dizer que o contraditório a ser considerado na fundamentação é o direito das partes de influir no julgamento da causa, o que é feito, também, pela produção da prova. Desse modo, é indispensável que a sentença analise pormenorizadamente as provas dos autos, indicando a valoração dada a cada uma delas, bem como motivando a valoração em si.

## **V. A fundamentação no Código de Processo Civil**

O Código de Processo Civil de 1973 já trazia os fundamentos como requisito essencial da sentença (art. 458, II), mas o Código de 2015 inovou ao elencar um rol (não taxativo) de situações em que a decisão não é considerada fundamentada, são elas:

Art. 489. (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

---

<sup>86</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Como se pode depreender, não há previsão expressa de que não é considerada fundamentada a sentença que não faça menção às provas. Ocorre que o artigo 371 do CPC determina que o juiz apreciará a prova constante dos autos, justificando o seu convencimento. É o que a doutrina chama de sistema da persuasão racional

O professor João Batista Lopes ensina:

Como é de sabença comum, esse artigo consagra o princípio da persuasão racional, que não se confunde com o livre convencimento do juiz. Pelo princípio da persuasão racional, o juiz goza de relativa liberdade na apreciação das provas, sujeitando-se aos seguintes limites:

- a) Só podem ser consideradas e valoradas as provas constantes dos autos;
- b) Não pode o juiz guiar-se exclusivamente por suas impressões pessoais, devendo valer-se dos princípios jurídicos, regras da lógica, postulados das ciências positivas, regras econômicas etc.

- c) A motivação do convencimento do juiz deve ser explícita e transparente para permitir pleno conhecimento das partes e seus advogados.<sup>87</sup>

Desse modo, podemos concluir que quando o juiz deixa de considerar alguma prova produzida pela parte vencida, ou valora prova sem a exposição de motivos, também deverá ser reconhecida a nulidade da decisão.

## **VI. A análise da prova**

A necessidade de realizar a análise de todas as provas constantes dos autos, com a indicação da razão da formação do convencimento tem como objetivo afastar uma atuação discricionária e subjetiva do magistrado.

Referido objetivo surge em especial por ser a regra geral do sistema brasileiro a persuasão racional. Isto é, o juiz está adstrito às provas produzidas no processo, embora possa dar a elas sua própria valoração, desde que fundamente e justifique a formação da sua convicção, dentro dos limites do ordenamento jurídico, indicando os elementos de prova que formaram a sua convicção.

O sistema da persuasão racional coloca-se no centro entre o sistema da prova tarifada, segundo o qual o valor probante é prefixado pelo ordenamento jurídico, e o da convicção íntima do juiz, em que o magistrado terá liberdade para valorar e analisar a prova.

Cabe a ressalva de que no Código de Processo Civil de 1973, embora constasse no artigo 131 que o juiz apreciaria a prova livremente, considerando a exigência àquele tempo da motivação, o sistema adotado também era o da persuasão racional, não havendo mudança significativa com o CPC de 2015, neste ponto.

Sobre o tema a lição de Cassio Scarpinella Bueno:

O “sistema da persuasão racional” ou “sistema do convencimento motivado do juiz” é, destarte, aquele em que o magistrado, observados os limites do sistema jurídico, pode dar a sua própria valoração à prova, sendo dever seu o de fundamentar, isto é, justificar a formação de sua convicção. É essa a melhor interpretação para o art. 371, mormente quando lido desde o art. 93, IX, da Constituição

---

<sup>87</sup> LOPES, João Batista. **Princípio do contraditório e direito à prova no processo civil**. Disponível em: <file:///C:/Users/hgfer/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/794-2496-1-PB.pdf>. Acesso em: 23/11/2020.

Federal e o princípio da motivação dele decorrente, que encontra sua disciplina infraconstitucional nos parágrafos do art. 489.88

Zulmar Duarte de Oliveira ensina que<sup>89</sup>:

As provas assumem o valor e o peso decorrentes do raciocínio do juiz, conectados aos juízos lógicos e históricos empreendidos, sendo que a motivação expressará o resultado do trabalho intelectual desenvolvido. Não quer isto dizer, entretanto, que o juiz possa assumir uma posição solipsista, decidindo de forma incontrolável, mediante sentimentos indevassáveis. O juiz deve decidir de acordo com as provas constantes dos autos, devidamente contextualizados pelo exercício do contraditório, apresentando as razões de seu convencimento.

Como disposto no CPC, não basta que o juiz decida de acordo com as provas, é preciso que ele aprecie todas as provas constantes nos autos, inclusive aquelas refutadas, o que deverá ser demonstrado por meio da fundamentação. Nesse sentido Adilson Aparecido Rodrigues Cruz destaca a reflexão de Michele Taruffo:

*A este importante aspecto "O juiz que motiva fazendo referência somente às provas que confirmam a sua construção dos fatos arrisca facilmente ser vítima do confirmation bias, ou seja, da distorção do raciocínio pelo qual, individuada a priori uma versão dos fatos, tende-se a levar em conta somente aquilo que a confirma, e ignorar tudo aquilo que a contradiz"* (Michelle Taruffo, La motivazione della sentenza, Revista de Direito Processual Civil, v. 31, pg. 184, Curitiba, Gênese, jan-mar.2004).<sup>90</sup>

Em extensa e cuidadosa dissertação sobre o conteúdo suficiente da motivação das decisões, Pétrick Joseph Janofsky Canonico Pontes apresenta, dentre outras, as seguintes conclusões:

---

88 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 2:** procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 218.

89 GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Processo de Conhecimento e cumprimento de sentença:** comentários ao CPC de 2015: parte geral. São Paulo: Forense, 2015, p. 245.

90 CRUZ, Adilson Aparecido Rodrigues Cruz. **Prova e fundamentação.** Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/DireitoCivilProcessualCivil/34920?pagina=1>. Acesso em 23/11/2020.

16. Da admissibilidade à valoração, toda a atividade probatória exige correspondente motivação.

17. A valoração da prova constitui a própria motivação fática da sentença. Se do relatório devem constar as alegações de fato trazidas pelo autor, e sua negação ou a admissão de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos pelo réu, é na valoração da prova que se provará – se colocará à prova, se analisará – “a verdade dos fatos”, para adotar a expressão do art. 369 do Código de Processo Civil.

18. Na valoração da prova, não basta apenas a referência aos elementos de prova favoráveis à procedência ou improcedência da demanda, mas também a exposição dos motivos pelos quais outras provas constantes dos autos não ensejaram conclusão diversa.<sup>91</sup>

Ao analisar as provas, o magistrado primeiro precisará verificar a credibilidade, apontando se houve, por exemplo, contradição no depoimento testemunhal e em que esta consistiu. Após, seguirá realizando uma correlação entre as provas produzidas, apontando qual adotou para o seu julgamento e qual refutou, sempre de forma justificada.

Na hipótese de prova indiciária, a decisão deverá apontar o caminho seguido para se chegar à conclusão final. Primeiro irá averiguar se o indício está provado, após deverá explanar o raciocínio que liga o indício ao fato probando e, finalmente, discorrerá acerca da influência do fato para o julgamento da lide.

O juiz, como visto, deve fazer uma valoração individual de cada prova e uma valoração conjunta. Ocorre que no momento da valoração conjunta poderá encontrar duas versões possíveis que se pretendem provar, oportunidade em que se verá diante da necessidade de optar por uma das versões.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, no livro Prova e Convicção, trazem os ensinamentos de Michele Taruffo que “propõe a distinção entre duas dimensões do raciocínio que conduz à escolha da melhor das versões, ou seja, as dimensões analítica e sintética”.<sup>92</sup>

---

91 PONTES, Pétrick Joseph Janofsky Canonico. **A motivação suficiente das decisões judiciais**: comitês e equilíbrio entre as garantias constitucionais e a administração da justiça. São Paulo, 2019. p. 150. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22887/2/P%c3%a9trick%20Joseph%20Janofsky%20Canonico%20Pontes.pdf>. Acesso em: 10/10/2020.

92 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e Convicção. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

A dimensão analítica indica que o julgador deve realizar uma escolha racional da hipótese que surgir por meio da prova que permita o maior grau de convicção. Caso se depare com duas versões igualmente viáveis, tem-se a dimensão sintética, que precisará considerar os critérios de coerência e congruência.

A coerência diz respeito à não contradição, enquanto a congruência relaciona as provas produzidas com as narrativas dos fatos trazidas ao processo.

A dimensão analítica precede a sintética, sendo que esta última somente virá à tona quando a primeira chegar a mais de uma conclusão convincente, de modo a complementar a primeira.

Importante apontar que o juiz está obrigado a valorar todas as provas, inclusive aquelas que beneficiam a parte vencedora, não se confundindo com a desnecessidade de o juiz enfrentar todos os fundamentos de direito trazidos pelas partes, como previsto no parágrafo primeiro, inciso IV, do artigo 489, do CPC.

## **VII. Consequências da falta de fundamentação**

Finalmente, conforme expressa previsão constitucional, é nula a sentença não fundamentada.

Não se pode ignorar, entretanto, a interpretação de Michele Taruffo para quem a ausência de fundamentação equivaleria a uma não decisão. Discorrendo sobre a questão no ordenamento jurídico italiano, o autor traz a seguinte reflexão:

De outro, na medida em que se entenda que a motivação seja, no atual ordenamento em virtude do princípio constitucional fixado na primeira parte do artigo 111, uma característica estrutural necessária dos provimentos em que se exerce a jurisdição, impõe-se a consequência de que a sentença carente de motivação não perfaz o “conteúdo mínimo” indispensável para que nessa se reconheça o exercício legítimo do poder jurisdicional. 93

Seguindo a previsão constitucional brasileira, prevalece na doutrina o entendimento, com o qual concordamos, de que a sentença não fundamentada existe, porém é nula, podendo ser invalidada, inclusive de ofício, e ser rescindida por ação rescisória.

---

93 TARUFFO, Michele. A motivação da sentença civil. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreym Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo. Marcial Pons, 2015. p. 384-385.

São de três tipos os vícios que podem levar ao reconhecimento da nulidade: a ausência completa de fundamentação, a deficiência de fundamentação e a ausência de correlação entre a fundamentação e a decisão. Todas equivalem à ausência de fundamentação e geram a nulidade da sentença, como bem apontado pela professora Teresa Arruda Alvim:

Todos são redutíveis à ausência de fundamentação e geram nulidade da sentença. Isto porque “fundamentação” deficiente, em rigor, não é fundamentação, e, por outro lado, “fundamentação” que não tem relação com o decisório também não é fundamentação: pelo menos não o é daquele decisório” 94

Desse modo, a motivação da decisão poderá ser concisa, desde que não seja deficiente e que tenha relação com o que está sendo decidido.

Não se ignora o fato de que a completude e adequação da fundamentação é tema complexo sobre o qual não há consenso.

Em relação às provas, como abordamos, poderíamos conceituar como “conteúdo mínimo” a análise de cada uma delas, com a justificação de quais foram consideradas e quais foram refutadas, assim como a correlação entre todas as provas produzidas. Com isso, acreditamos que estaria atendida a garantia constitucional da fundamentação, e, de modo reflexo, do contraditório.

## **VIII. Conclusão**

Ao longo da história vimos surgir o dever de motivação das decisões de forma difusa e por razões diversas. Na França a ideia era controlar os atos do Poder Judiciário a fim de afastar a arbitrariedade do regime político que havia sido retirado do Poder, enquanto na Prússia houve uma evolução da fundamentação secreta e destinada ao juízo recursal, expandido a publicidade para ciência das partes. No Brasil, a garantia da fundamentação somente foi consagrada na Constituição em 1988, apesar de contar com previsão legal em período anterior.

Seja pelo aspecto endoprocessual, ou pelo aspecto extraprocessual, a fundamentação, acompanhada da publicidade, é garantia indispensável ao Estado Democrático de Direito, em que o processo deve observar o contraditório e o Poder Judiciário têm o dever de justificar suas decisões com base no ordenamento jurídico, não cabendo qualquer tipo de arbitrariedade.

---

94 ARRUDA ALVIM, Teresa. Nulidades do processo e da sentença. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 281.



É certo, no entanto, que no aspecto probatório as sentenças nem sempre têm observado o dever de motivação, observando-se, ainda hoje, enorme deficiência no que se refere à análise integral das provas produzidas.

Espera-se que com o advento do Código de Processo Civil de 2015 haja um reforço no entendimento da importância da fundamentação como forma de aperfeiçoamento do sistema de justiça brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do processo e da sentença**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito*. in "Temas de direito processual". 2ª Série. São Paulo: Saraiva.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, vol. 2: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. São Paulo: Saraiva, 2020.

CRUZ, Adilson Aparecido Rodrigues Cruz. **Prova e fundamentação**. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/DireitoCivilProcessualCivil/34920?pagina=1>. Acesso em 23/11/2020.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Processo de Conhecimento e cumprimento de sentença**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. São Paulo: Forense, 2015.

LOPES, João Batista. **Princípio do contraditório e direito à prova no processo civil**. Disponível em: <file:///C:/Users/hgfer/OneDrive/%C3%81rea%20de%20Trabalho/794-2496-1-PB.pdf>. Acesso em: 23/11/2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Curso de direito processual civil**: volume 2: tutela de conhecimento. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2016.

PONTES, Pétrick Joseph Janofsky Canonico. **A motivação suficiente das decisões judiciais**: comitês e equilíbrio entre as garantias constitucionais e a administração da justiça. São Paulo, 2019. Disponível em:

<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22887/2/P%c3%a9trick%20Joseph%20Janofsky%20Cano%20Pontes.pdf>. Acesso em: 10/10/2020.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreym Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo. Marcial Pons, 2015.

## **A RENDA BÁSICA DE CIDADANIA E O CUSTO DOS DIREITOS SOCIAIS: INICIADO O JULGAMENTO DO MI 7.300/DF**

**ANDRÉ DOS SANTOS LUZ:** Bacharel em Direito pela PUC-SP. Pós-graduado em Direito pela FGV-SP. Advogado concursado da Proguaru S/A.

Na mesma semana em que o Senado aprovou a PEC Emergencial (PEC 186/2019<sup>95</sup>), que permite ao governo federal pagar o auxílio emergencial em 2021 por fora do teto de gastos do orçamento, o Supremo Tribunal Federal, por meio do decano da Corte, Ministro Marco Aurélio, contabilizou um voto<sup>96</sup> para obrigar a União a implementar o programa de renda básica da cidadania. O julgamento ainda não foi concluído porque houve pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, mas ele nos estimula a refletir, mais uma vez, sobre a relação entre direitos sociais e o seu financiamento.

O caso teve início a partir de mandado de injunção impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de um homem que afirma receber R\$ 91,00 (noventa e um reais) do programa bolsa família. Por conta da pandemia da Covid-19 ele passou a receber o auxílio emergencial, todavia, como tal auxílio não é permanente o homem impetrou o mandado de injunção para fazer valer os seus direitos sociais.

A Lei nº 10.835/2004 instituiu o programa de renda básica da cidadania e previu que a partir de 2005 todos os brasileiros residentes no País e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos no Brasil teriam direito de receberem, anualmente, um benefício monetário.

Tal benefício deveria ser implementado pelo Poder Executivo, via norma regulamentadora, e em etapas, a começar pelas camadas mais necessitadas da população; deveriam ser observadas as possibilidades orçamentárias do País; poderia ser pago em parcelas iguais e mensais e teria de ser suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde. Porém, ultrapassados mais de 15 anos,

<sup>95</sup> <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2021/03/senado-aprova-pec-emergencial-em-segundo-turno-texto-vai-a-camara>. Acesso em 08.03.2021.

<sup>96</sup> <https://www.conjur.com.br/2021-mar-02/marco-aurelio-vota-salario-minimo-quem-nao-renda-suficiente>. Acesso em 08.03.2021.

a União ainda não editou norma regulamentadora para implementar o programa, daí o porquê da impetração do mandado de injunção (CF, art. 5º, inciso LXXI).

O momento não poderia ser mais delicado e desafiador. Sem contar a pior crise de saúde pública da história brasileira, que infelizmente já matou 265.500 pessoas<sup>97</sup>, a crise econômica também é gravíssima tendo o PIB brasileiro registrado queda de 4,1%, a pior em 24 anos<sup>98</sup>. Aprovada a PEC na Câmara dos Deputados, o governo pagará um novo auxílio emergencial cujo valor exato e número de parcelas ainda está em estudo. O que se sabe é que o valor dele será menor que o de 2020.

Desta forma, desenhado o quadro fático de crise econômica provocada pela pandemia e considerando o dever legal do Estado de implementar o programa de renda básica da cidadania a grande pergunta é: há recursos para isso? Seria simplista dizer sim ou não sem levarmos em consideração uma análise sistêmica, que, aparentemente, não foi feita quando da apresentação da PEC 186/2019.

Em outras palavras: ao propor a PEC emergencial o governo parece ter considerado apenas a situação de emergência causada pela pandemia se esquecendo de olhar para o todo, sobretudo, para o seu dever de implementar a renda básica de cidadania. Agora, mais do que nunca, é momento de se avaliar os programas sociais do governo federal no sentido de apontar e corrigir suas falhas para, no passo seguinte, implementar os direitos decorrentes da Lei nº 10.835/2004. Caso o Poder Executivo não o faça o Poder Judiciário será cada vez mais provocado a fazê-lo.

Vale a pena observar que a questão do financiamento dos direitos sociais não é nova na jurisprudência do STF<sup>99</sup> e sempre entra em cena o argumento da reserva do financeiramente possível. Segundo este argumento, as necessidades sociais são imensas e os recursos financeiros para satisfazê-las são escassos daí que *“o Estado, na sua tarefa de definir prioridades e determinar suas políticas públicas de alocação das verbas existentes, poderia alegar a cláusula da reserva do possível. Esta seria uma limitação jurídico-fática que poderia ser apresentada pelos Poderes Públicos tanto em razão das restrições orçamentárias que lhes impediria de implementar os direitos e ofertar todas as*

<sup>97</sup> <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/03/07/brasil-tem-1054-vitimas-de-covid-nas-ultimas-24-horas-media-movel-de-mortes-bate-nono-recorde-seguido.ghtml>. Acesso em 08.03.2021.

<sup>98</sup> <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/03/03/pib-do-brasil-despenca-41percent-em-2020.ghtml>. Acesso em 08.03.2021.

<sup>99</sup> RE nº 429.903/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, v.u., j. 25.06.2014 e RE nº 592.581/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, v.u., j. 13.08.2015.

*prestações materiais demandadas, quanto em virtude da desarrazoada prestação exigida pelo indivíduo<sup>100</sup>”.*

Todavia, o argumento da reserva do possível não é um argumento mágico bastando ao Poder Público dizer que não há dinheiro e ponto final. *“A alegação da cláusula é, portanto, um ônus que recai sob o Poder Público quando este a alega como defesa frente ao não atendimento das prestações solicitadas, cabendo-lhe o dever de comprová-la satisfatoriamente, não sendo suficiente a alegação genérica de que não há possibilidade orçamentário-financeira de se cumprir o direito, será preciso demonstrá-la cabalmente. Nas palavras de Marmelstein, é o Estado quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não efetivação do direito fundamental<sup>101</sup>”.*

O julgamento do MI nº 7.300/DF ainda não acabou. A PEC nº 186/2019 saiu do Senado e foi enviada para a Câmara dos Deputados. Quem sabe no transcorrer do processo legislativo o texto possa ser aperfeiçoado de modo a suprir a mora do Poder Público em implementar a renda básica de cidadania. A prevalecer o voto do relator, até que sobrevenha norma regulamentadora do Poder Executivo, a renda básica de cidadania deverá ser paga em valor correspondente a um salário-mínimo. O custo financeiro de deixar de regulamentar a Lei nº 10.835/2004 pode sair caro.

---

<sup>100</sup> Masson, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. Editora Juspodivm. 9ª edição. p. 330.

<sup>101</sup> Masson, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. Editora Juspodivm. 9ª edição. p. 333.

## A PROVA ILÍCITA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

**FABIO MACEDO MACHADO:** Graduação: Bacharel em direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA. Pós graduação: Direito Constitucional Universidade Regional do Cariri – URCA. Cursando Pós graduação em Direito Eleitoral pela CERS – Complexo de Ensino Renato Saraiva, no ano de 2021.

**RESUMO:** O presente trabalho trata da teoria geral da prova, sua definição, o problema da verdade, o direito constitucional à prova, o ônus de provar, a valoração da prova e finalmente a prova ilícita. A partir dessas premissas, avalia como excepcionalmente possível a utilização de provas ilícitas no processo, a favor do réu ou mesmo em benefício da sociedade, desde que observados certos requisitos e sempre a luz do princípio constitucional da proporcionalidade.

**Palavras chave:** Princípio. Proporcionalidade. Prova. Ilícita. Utilização. Processo.

**ABSTRACT:** Firstly, this work studies the constitutional principle of proportionality, by examining the nature of the word "principle" from the perspective of natural shock of fundamental rights, its historic news, the classical distinctions between principles and rules and lack of differentiation of the principles of proportionality and reasonableness. Then, this study regards the general theory of evidence, its definition, the problem of truth, the constitutional right to trial, the burden of proving, the valorization of the evidence and finally the illicit evidence. From those beginnings, it classifies as exceptionally possible the use of illicit evidences in the proceedings, in favor of the defendant or for the benefit of the society, since certain requirements are observed.

**Words key:** Principle. Proportionality. Evidence. Illegal. Utilization. Proceedings.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1.GENERALIDADES SOBRE A TEORIA DA PROVA. 1.1.Definição de prova. 1.2.Objeto da prova. 1.3.A verdade para o processo.1.4.O direito constitucional à prova.1.5.Ônus da prova. 1.6.Sistemas de valoração da prova.1.6.1.Sistema da Intima Convicção do Juiz.1.6.2.Sistema da prova legal ou tarifada.1.6.3.Sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional. 1.7.Consequências do livre convencimento motivado.2. PROVA ILÍCITA. 2.1.Teoria dos frutos da árvore envenenada. 2.2. Correntes doutrinárias sobre aproveitamento da prova ilícita no processo. 2.3. Tese de

inadmissibilidade da utilização processual da prova ilícita. 2.4. Tese da admissibilidade da utilização processual da prova ilícita. 2.5. Corrente conciliadora ou da proporcionalidade. 3. A PROVA ILÍCITA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 3.1. Considerações iniciais. 3.2. Proporcionalidade ou razoabilidade. 3.3. Elementos e funções do princípio da proporcionalidade. 3.4. Prova ilícita e proporcionalidade. 3.5. Correntes doutrinárias. 3.6. O procedimento sugerido pela doutrina. 3.7. Aplicação do princípio da proporcionalidade para admitir, excepcionalmente, no processo, prova ilícita em favor do réu. 3.8. Aplicação do princípio da proporcionalidade para admitir, excepcionalmente, no processo, prova ilícita em favor da sociedade. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## **INTRODUÇÃO**

O aproveitamento processual da prova ilícita em situações excepcionais com fundamento na aplicação do princípio da proporcionalidade constitui tema por demais interessante, pois pressupõe uma decisão em face de dois ou mais direitos fundamentais, obrigando o julgador a mensurar os limites do direito probatório na busca de um processo melhor instruído e apto a gerar uma decisão mais justa.

Sendo a prova o instrumento utilizado pelas partes para exercerem o devido processo legal (contraditório e ampla defesa), o presente estudo visa analisar a problemática da admissibilidade ou da inadmissibilidade da prova ilícita com ênfase para o processo penal.

No primeiro capítulo deste trabalho, tratamos de generalidades pertinentes à teoria da prova: Definições, o problema da verdade para o processo, o direito constitucional à prova, o ônus probatório, o sistema legal de apreciação da prova para, ao final, dispor sobre o tema da prova ilícita, com os respectivos argumentos pró e contra sua utilização no processo.

No segundo capítulo, trataremos da teoria dos frutos da árvore envenenada e as concorrentes doutrinárias para analisar a possibilidade de aproveitamento de prova ilícita no processo, de forma excepcional e metódica, mediante a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade a favor do réu ou da própria sociedade.

Na parte final, discorreremos sobre o princípio da proporcionalidade, ao mesmo tempo, como direito fundamental e como preceito de ordem constitucional. Damos uma noção histórica de sua evolução, inclusive no direito brasileiro, abordamos a questão da semelhança ou diferença em relação ao princípio da razoabilidade, elencamos seus

elementos e suas principais funções e, por fim, fizemos algumas considerações sobre a colisão de direitos fundamentais e a importância do princípio em questão.

Dentro deste contexto pretende o presente trabalho realizar um breve estudo da prova ilícita face ao princípio da proporcionalidade para demonstrar que a vedação ao aproveitamento no processo das provas ilícitas não é absoluta, cabendo, em hipóteses excepcionais, sua relativização, desde que o bem jurídico a ser protegido seja de maior relevância no caso concreto.

## **1. GENERALIDADES SOBRE A TEORIA DA PROVA**

### **1.1 Definição de prova**

A palavra prova tem origem na palavra latina "*probatio*" e significa, como observa Neves (2010):

"Ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e que se deriva do verbo – probare (probo, as, are) – significando provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar; é um ponto de início de análise do conceito do instituto, mas não certamente o ponto de chegada". (NEVES, 2010, p. 378)

Prova é o ato ou complexo de atos que tendem a formar a convicção da entidade desidente (órgão jurisdicional) sobre a existência ou não de uma situação fática.

Todavia, a palavra prova é utilizada no processo com mais de um significado - tanto no sentido comum como no sentido jurídico.

Capez (2000), de igual modo, definiu prova como sendo:

"Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo Juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (por exemplo, peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação". (CAPEZ, 2000, p. 243)



Mirabete (2004, p. 313) ensina que o termo “provar” nada mais representa do que produzir um estado de certeza, na consciência do juiz, para sua convicção a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.

Até 2008 poucos doutrinadores do processo penal faziam a diferenciação entre provas e elementos de informação. A partir da Lei n.º 11.690/08 essa diferença passou a estar expressa no Código de Processo Penal.

**art. 155 - CPP.** O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos, colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei n.º 11.690/08).

Elementos informativos são colhidos na fase investigatória onde, de acordo com a doutrina majoritária, não há contraditório nem ampla defesa, só devendo o juiz atuar quando provocado, preservando sua imparcialidade. Sua principal finalidade é funcionar como subsídio para decretação de medidas cautelares e também auxiliar na formação da “*opinio delicti*”, que nada mais é do que a convicção do titular da ação penal.

Na dicção do art. 155 do CPP, elementos informativos, isoladamente considerados não podem, fundamentar uma decisão. No entanto, podem ser somados a prova produzida em juízo e servir como mais um fundamento na convicção do juiz.

A prova, em regra, é aquela produzida durante o curso do processo judicial, onde se deve observar o contraditório e a ampla defesa e com a supervisão do juiz. Nesse último ponto, o CPP consagra no art. 399, §2º o princípio da identidade física ao determinar que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir sentença.

## 1.2 Objeto da prova

No processo, o fundamental é fazer valer a própria pretensão. É imprescindível que a intenção deduzida em juízo seja qualificada juridicamente e dessa afirmação se extraia as consequências jurídicas que resultam no seu pedido de tutela jurisdicional.

Ensina Oliveira (2011):

“A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução de fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade história, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade”. (OLIVEIRA, 2011, p. 172).

Constitui prova todo o conjunto de atos e elementos produzidos pelas partes, pelo juízo e por terceiros, destinados a convencer o magistrado acerca da veracidade ou falsidade de uma afirmação, de uma relação jurídica, ou de uma nulidade processual.

Em regra, o destinatário da prova é o juiz, mas também é dirigida as partes para que possam pautar seus comportamentos de acordo com a prova produzida.

Portanto, o objeto da prova são as alegações de fato (“foto probando”) formuladas pelas partes. O fato objeto da prova deve ter 03 atributos: 1) Deve ser um fato controvertido; 2) O fato deve ser determinado, ou seja, delimitado no tempo e no espaço; 3) Deve ser relevante para a solução da causa.

### **1.3 A verdade para o processo**

As partes, por mais difícil e improvável que seja, têm o encargo de trazer para o processo todos os fatos e documentos admitidos pelo ordenamento jurídico para tentar reconstruir, com exatidão, a realidade do fato delituoso, devendo o magistrado, ao final, indicar quais deles influenciaram a sua convicção.

Fatos são realidades que acontecem, na maior parte das vezes, antes que o processo seja instaurado. A verdade, literalmente falando, “é” ou “foi uma só”. Não há como reproduzi-la no processo, sem as impressões subjetivas inerentes.

Neves (2010) acredita que:

Atualmente considera-se a verdade como algo meramente utópico e ideal, jamais alcançada, seja qual for a ciência que estiver analisando o conhecimento humano dos fatos. Miguel Reale, ciente de ser a verdade algo inatingível e imprestável, chegou a formular o conceito da quase verdade. No processo, resta evidenciada a impossibilidade de obtenção da verdade absoluta, em especial em razão dos sujeitos

que dele participam. Isso inclui tanto aqueles que levam as provas ao processo – partes –, quase sempre objetivando seu próprio favorecimento, como terceiros que auxiliam o juiz na reconstituição dos fatos – o que nem sempre fazem da forma exata –, e pelo juiz, que receberá as provas e, sem ter acompanhado os fatos, apenas poderá confiar naquilo que foi levado à sua consideração. Nessa participação de diversos sujeitos diferentes é de se esperar que o resultado probatório não traduza exatamente como os fatos efetivamente ocorreram. Além disso, existem limitações à obtenção e valoração das provas, analisadas a seu devido tempo. (NEVES, 2010, p. 379)

Assim, bastaria ao processo uma verdade processual ou “verdade possível”, decorrente de uma boa instrução probatória, independentemente de ser de natureza penal, cível ou administrativo.

Em última análise, a bem da verdade, jamais vamos conseguir reproduzir no processo o fato como efetivamente ocorrido, conforme defende os simpatizantes do princípio da verdade real. O que existe é uma busca da verdade ou falsidade de afirmações feitas no curso do processo e que interessam a sua solução.

Os art. 130 do CPC e 156 do CPP, permitem ao Juiz produzir provas de ofício. Portanto, a tradicional divisão entre verdade formal e verdade material está superada, pois um sistema que atribui poder instrutório ao Juiz é incompatível com a verdade formal, que se contenta apenas com as provas trazidas aos autos pelas partes, e também com a verdade real/material, pois é impossível reproduzir os fatos como efetivamente ocorreram, ficando os mesmos dependentes de relatos de pessoas que, na maioria das vezes, vêem as coisas de maneira diferentes.

Conforme afirma João Ubaldo de Aquino na epígrafe do livro: “Viva o povo Brasileiro”, “O segredo da verdade consiste em saber que não existem fatos, mas apenas histórias”.

Portanto, o processo deve buscar a verdade possível, ou seja, aquela que pode ser reconstruída e que mais se aproxime daquilo que realmente aconteceu, com a participação das partes e do juiz, subsidiariamente.

Questão interessante é quanto ao direito de permanecer em silêncio (*Nemo tenetur se detegere*) – Previsto no art. 5º, LXIII da Constituição e art. 186 do CPP. Esse direito ao silêncio decorre dos princípios do contraditório e da ampla defesa e não pode ser interpretado em prejuízo do réu, mas certamente influenciará o convencimento do juiz.

Já no que se refere ao direito de mentir no processo judicial, trata-se de tema controverso, havendo quem defenda que o réu possa de fato mentir. O que temos de concreto é uma decisão do STF (de 1997), em que se afirma a possibilidade de o réu vir a mentir para se defender. Assim, segundo essa decisão do STF, é garantido ao acusado o direito de calar ou mentir diante do juiz, seja pelo direito de não se auto-incriminar ou pelo princípio da presunção de inocência.

Vejamos a referida decisão (STF, 1997):

"(...) Ora, tendo o indiciado o direito de permanecer calado e até mesmo o de mentir para não auto-incriminar-se com as declarações prestadas, não tinha ele o dever de dizer a verdade, não se enquadrando, pois, sua conduta no tipo previsto no artigo 299 do Código Penal – falsidade ideológica." (HC 75.257, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 17-6-97, 1ª Turma - STF, DJ de 29-8-97).

Entretanto, ao contrário da decisão da Suprema Corte, quando as declarações a serem feitas estiverem no âmbito do processo administrativo, acreditamos não ser cabível ao investigado valer-se da mentira.

Vale destacar que, nos termos da Lei que regula o processo administrativo federal (Lei 9.784/99), serão observados, entre outros, os critérios de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé (art. 2º, parágrafo único, II). Ademais, a Lei estabelece, como um dos deveres do administrado perante a Administração, expor os fatos conforme a verdade (art. 4º, I).

#### **1.4 O direito constitucional à prova**

A configuração política e os fatos históricos anteriores à vigência da Constituição de 1988 concorreram de forma decisiva para a inflexibilidade da norma constitucional acerca da ilicitude da prova. No período do regime militar e mesmo antes dele, reinava em nosso país um regime de opressão, onde os direitos fundamentais foram deixados de lado e o Estado passou a interferir na esfera individual de cada cidadão, praticando arbitrariedades e violações à intimidade e à vida particular das pessoas.

Como bem observa Barbosa (1997):

"[...] explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguira-se, recentemente, o regime autoritário que dominara o País e sob o qual eram muito freqüentes as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao grampeamento de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências. É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxarmos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantemos por largo tempo, quando seja liberado ele, fatalmente, se moverá com força equivalente no sentido oposto". (BARBOSA 1997, p. 120)

Regra geral, não vigora no Brasil o princípio da taxatividade das provas, mas sim o da liberdade das provas, na tentativa de se chegar o mais próximo da verdade possível. No entanto, a carta magna estabelece expressamente um limite inculpido no art. 5º, LXI, vedando no processo (civil, penal ou administrativo), a utilização de provas obtidas por meios ilícitos.

Assim sendo, deixando de lado o rigor constitucional, fundado em argumentos históricos, devemos questionar se seria possível ao juiz, a depender do caso, utilizar-se de provas ilícitas trazidas ao processo, para fundamentar sua convicção, caso as mesmas se constituam em elementos fundamentais para a solução do conflito.

Como adverte Silva (2006), a vedação constitucional não é absoluta:

"O direito à prova encontra-se, de fato, limitado pela legitimidade dos meios utilizados para obtê-la. Não obstante, em que pese ser necessário tutelar-se os direitos que podem ser violados pela prova ilícita, faz-se mister, também, a tutela dos direitos que não podem ser demonstrados por meio de outra prova, que não seja a obtida de modo ilícito. É nessa ocasião que se deve aplicar o princípio da proporcionalidade, o qual vai determinar o balanceamento dos

interesses e valores em jogo. Na verdade, a ponderação deve ser feita, diante das circunstâncias do caso concreto, entre o direito que seria realizado através da prova (e não simplesmente o direito à prova) e o direito da personalidade que foi por ela desconsiderado. Por isso, para que haja uma eventual admissão de prova ilícita, deve-se ponderar um interesse específico com outro interesse específico contraposto, e não com a sua generalização". (SILVA, 2006)

Passados alguns anos do Estado de Exceção, doutrina e jurisprudência majoritárias, mudaram suas interpretações com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, passando a admitir o aproveitamento no processo das provas ilícitas mitigando a proibição constitucional, na tentativa de afastar eventuais prejuízos que a sua não aplicação poderia gerar, em hipóteses de excepcional gravidade, como em favor do réu no caso de não existir outras provas ou essa for produzida em estado de necessidade.

Esse entendimento majoritário tem sustentação no princípio da proporcionalidade, permitindo o aproveitamento das provas ilícitas em casos excepcionais, haja vista que nenhum direito fundamental pode ser considerado de natureza absoluta.

Capez (2001), assim entende:

"Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica, precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado". (CAPEZ, 2001, p. 32-33)

Assim, tomando por base a rigidez do texto constitucional, ainda prevalece o entendimento de vedar a produção e o aproveitamento da prova ilícita obtida com violação a garantia ou direito fundamental estabelecido na Constituição, mas vem ganhando força a posição de se mitigar a proibição, no caso concreto, e em circunstâncias especiais observado o princípio da proporcionalidade.

## 1.5 Ônus da prova

Trata de um encargo que as partes tem de provar, pelos meios legalmente admitidos, a veracidade das afirmações formuladas ao longo do processo, resultando de sua inatividade uma situação de desvantagem perante o direito.

As partes não tem o dever de provar ou concretizar suas alegações, mas, em não o fazendo, devem suportar os efeitos de uma decisão prejudicial aos seus interesses.

De acordo com Neves (2010), o direito-dever de provar deve recair:

“(...) o instituto sob a perspectiva de quem é o responsável pela produção de determinada prova (“quem deve provar o que”), enquanto que no ônus objetivo, o instituto é visto com uma regra de julgamento a ser aplicada pelo juiz no momento de proferir a sentença no caso de aprova se mostrar inexistente ou insuficiente. No aspecto objetivo o ônus da prova afasta a possibilidade de o juiz declarar o *non liquet* diante de dúvidas a respeito de alegações de fato em razão da insuficiência ou inexistência de provas. Sendo obrigado a julgar e não estando convencido das alegações de fato, aplica a regra do ônus da prova”. (NEVES, 2010, p. 387-388)

Deste modo, o ônus da prova dependerá da natureza da demanda, da qualidade da parte, sem nunca esquecer que a instrução do feito pode ser determinada de ofício pelo juiz em diversas oportunidades durante o trâmite do processo.

Exemplo da atividade probatória do Juiz seria, o artigo 156 do Código de Processo Penal que possibilita ao magistrado determinar de ofício a produção de provas, bem como ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.

**Art. 156.** A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

**I** – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes,

observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

**II** – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Muitos autores defendem a inconstitucionalidade do art. 156, I do CPP tendo em vista o conflito existente entre este e o sistema acusatório adotado pelo Brasil no art. 129, inciso I da Constituição Federal de 1988. Contudo, devemos ressaltar que a produção de provas pelo magistrado é supletiva e encontra limites, justamente na imparcialidade do julgador, o que, em contrapartida, viabiliza o respeito ao princípio do contraditório.

No âmbito do processo penal, há três tipos de sistemas regentes da gestão da prova: **a)** o inquisitivo, caracterizado pela concentração de poderes nas mãos do órgão julgador, o qual exerce igualmente a função de acusador, com procedimento escrito, sigiloso e com contraditório e defesa enfraquecidos; **b)** o acusatório, de nítida separação entre acusação, defensor e julgador, com isonomia de direitos, com contraditório e liberdade na produção de provas; **c)** e o misto, de origem francesa, com o equilíbrio do sistema inquisitório, mais voltado à parte de instrução preliminar, deixando o sistema acusatório para a fase processual, ou de julgamento.

É importante frisar que a Carta Magna de 1988 optou claramente pelo sistema acusatório, pois estabeleceu, em regra, as atribuições de julgar (juiz), de defender (advogados e defensores) e de acusar (Ministério Público). Entretanto, o nosso Código de Processo Penal ainda preserva um modelo, de influência inquisitiva, de forma que alguns autores acreditam que o sistema brasileiro pode ser considerado misto.

O Código de Processo Civil, no art. 333, adotou o sistema de distribuição fixa do ônus da prova, cabendo este a quem alega o fato, independente de a parte que não alegou possuir maior facilidade de produção da prova. No entanto, a doutrina e a jurisprudência, tentando solucionar a problemática da injustiça da distribuição fixa, desenvolveu a distribuição dinâmica do ônus da prova, na qual o juiz, no caso concreto, atribuirá o ônus a quem possa dela se desencubir com maior facilidade e com menores custos. Esta distribuição dinâmica deve ser motivada e ser feita em momento processual que permita que a parte posse se desencubir do ônus, ou seja, deve ser feita ao longo do processo e não no momento da sentença.



## 1.6. Sistemas de valoração da prova

No direito processual existem três grandes sistemas de avaliação da prova a saber:

### 1.6.1 Sistema da Intima Convicção do Juiz

O juiz é livre para apreciar as provas, inclusive aquelas que não estão nos autos, não sendo obrigado a fundamentar seu convencimento. Esse sistema, em regra, não é adotado no Brasil, mas ainda resiste na figura do tribunal do júri em relação aos jurados (CF/88, artigo 5º, inciso XXXVIII).

#### **Art. 5º. CF/88**

**XXXVIII** - É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) A plenitude da defesa;
- b) O sigilo das votações;
- c) A soberania dos veredictos;
- d) A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

### 1.6.2 Sistema da prova legal ou tarifada

É o sistema oposto ao da Intima Convicção do Juiz, no qual, determinados meios de prova tem valor probatório fixado em abstrato pelo legislador, cabendo ao magistrado, tão somente, apreciar o conjunto probatório e a ele atribuir o valor conforme fixado em lei.

O papel do juiz é reduzido ao de um fazedor de contas, deixando totalmente de lado as nuances do caso concreto. Esse sistema retira do juiz o poder de a elas atribuir o valor que entender. No Brasil, em regra, esse sistema não é adotado, mas há situações excepcionais em que o código obriga que sejam utilizados determinados tipos de prova.

#### **art. 155 – CPP**

**parágrafo único** - Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Acrescido pela Lei n.º 11.690/08)

**art. 158 CPP** – Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

**Art. 167 CPP** – Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

**SÚMULA 74 do STJ** – Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.

### 1.6.3 Sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz

Por força da constituição federal em seu art. 93, IX, esse sistema é o adotado no Brasil. Também encontra previsão expressa no artigo 131 do Código de Processo Civil e 155 do Código de Processo Penal.

#### **Art. 93. CF/88**

**IX** - Todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais à preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

O juiz tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais tem o mesmo valor, pelo menos em abstrato, porém está obrigado a fundamentar seu convencimento.

Todavia, a liberdade deve atender a certos parâmetros, conforme leciona Didier Júnior (2007):

“A liberdade na apreciação das provas está sujeita a certas regras quanto à convicção que fica condicionada (e porque é condicionada, há de ser sempre motivada): a) aos fatos nos quais se funda a relação

jurídica; b) às provas destes fatos colhidas no processo; c) às regras legais de prova e às máximas de experiência. O livre convencimento motivado também fica limitado pela racionalidade, não sendo admitida a apreciação das provas de acordo com critérios irracionais, por mais respeitáveis que sejam; não pode o magistrado, em um Estado laico, decidir com base em questões de fé, por exemplo". (DIDIER JR, 2007, *ob. cit.*, p. 68)

### 1.7 Consequências que derivam Sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz

1) Não há provas com valor absoluto, ou seja, todas as provas tem valor relativo, inclusive a confissão que é a rainha das provas no sistema da prova tarifada.

**art. 197 CPP** – O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

2) Deve o magistrado valorar todas as provas produzidas no processo, ainda que para afastá-las. A parte tem o direito de que o juiz avalie a prova por ela produzida, senão de nada adiantaria sua produção.

3) Somente são válidas as provas constantes do processo. O juiz não pode trazer para o processo, conhecimentos privados.

Sendo assim, o magistrado, ao decidir, deve expressamente declarar as regras de interpretação de que se valeu e os motivos que o levaram a entender que a solução prolatada em sua sentença se coaduna com o acervo probatório produzido em consideração aos dispositivos de lei em vigor.

## 2. PROVA ILÍCITA

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, a vedação à prova ilícita passou a ter previsão expressa no art. 5º, inciso LVI.

### **Art. 5º. CF/88**

**LVI** – São inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

À expressão “meios ilícitos” tem se dado uma ampla interpretação de modo a abarcar em tal frase as provas alcançadas com infrações ao direito material (provas ilícitas, em sentido estrito) ou ao direito processual (provas ilegítimas). Todavia, a melhor interpretação é no sentido de que “meios ilícitos” são todos aqueles utilizados para obtenção de provas violando um direito fundamental de alguém.

Segundo a doutrina de Luiz Francisco Torquato Avolio (AVOLIO, 1995, p. 78) a prova ilegal é o gênero do qual derivam as provas ilícitas e ilegítimas. Provas ilícitas seriam aquelas produzidas sem a observância e/ou com violação as regras de direito material, sobretudo de direito constitucional, mediante a prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo no momento da colheita da prova, tais como a confissão mediante tortura e a interceptação telefônica sem autorização judicial e geralmente antes do início do processo, gerando o direito de exclusão, ou seja, devem ser desentranhadas do processo. Provas ilegítimas seriam aquelas produzidas sem observância as regras de natureza processual, em regra durante o curso do processo e a sanção para este descumprimento encontra-se previsto na própria lei processual, devendo ser vista à luz da teoria das nulidades.

Historicamente falando, a conceituação da prova vem se desenvolvendo, conforme nos informa Silva (2006):

“O conceito de prova ilícita evoluiu com o passar do tempo. No direito brasileiro, antes da Constituição de 1988, havia duas correntes doutrinárias a respeito da admissibilidade processual das provas ilícitas, predominando a que defendia a admissibilidade, especialmente no direito de família.

Os adeptos da teoria da admissibilidade prestigiavam a busca da “verdade real”, não importando o meio pelo qual a prova foi obtida, devendo o juiz aproveitar o seu conteúdo. Assim, num eventual conflito entre o direito à intimidade e o direito à prova (por todos os meios, inclusive os ilícitos), o primeiro, que está entre as liberdades públicas, deveria ceder quando em confronto com a ordem pública e as liberdades alheias. A ponderação, portanto, pendia em favor do princípio da investigação da verdade, ainda que baseada em meios ilícitos.

A parte minoritária da doutrina que se posicionava pela inadmissibilidade da prova ilícita, antes da Constituição de 1988,

lastreava-se no art. 332 do Código de Processo Civil, entendendo que essa prova não era legal, nem moralmente legítima.

Posteriormente - sobretudo quando se chegou à conclusão de que a essência da verdade nunca poderá ser atingida, por não ser possível reconstruir os fatos pretéritos da mesma forma como se passaram - passou a predominar nos diversos ordenamentos jurídicos o posicionamento doutrinário pela inadmissibilidade da prova ilícita". (SILVA, 2006)

Nessa direção, eis a lição de Neves:

"(...). Doutrina autorizada ensina corretamente que mais importante que a distinção entre prova ilícita ou ilegítima, tomando-se a tradicional classificação, é determinar a gravidade da violação. Trata-se da noção de provas inconstitucionais, produzidas com ofensa a normas materiais ou processuais, sempre que violarem direito fundamental garantido na Constituição Federal. Uma ofensa à norma de direito processual (publicidade) pode ser tão inconstitucional quanto à ofensa a uma norma de direito material (preservação do direito de intimidade-privacidade)". (NEVES, 2010, p. 399)

O Código de Processo Penal brasileiro traz expressamente um dispositivo que estabelece que por provas ilícitas deve-se entender as obtidas com ofensa a normas constitucionais ou legais.

**Art. 157** – São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela lei n.º 11.690/2008).

Além disso, a vedação de seu uso abarca não só à esfera do processo judicial, mas também os processos administrativos e os inquéritos policiais. Quanto a esse último devemos lembrar que eventuais vícios no seu procedimento não levam a nulidade do processo a que derem origem, salvo na hipótese de provas ilícitas.

Como exemplos de provas ilícitas poderíamos citar: a diligência sem mandado ou à noite, a confissão sob tortura, a interceptação telefônica sem autorização judicial ou para instruir processo civil, o detector de mentiras, a violação

de cartas particulares fechadas, o sigilo profissional quebrado, o documento obtido mediante invasão de domicílio desautorizada, o interrogatório judicial do réu sem a presença do advogado, o interrogatório do réu sem possibilidade de entrevista prévia e reservada com o seu procurador e a coação em interrogatório judicial ou policial, entre inúmeras outras ilustrações, representam o desrespeito em tese ao direito posto e consideradas são inadmissíveis na instrução processual.

## 2.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada

As provas ilícitas por derivação ou "frutos da árvore envenenada" são os meios probatórios que, não obstante, produzidos validamente em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária que a eles se transmite contaminando-os por efeito de repercussão causal.

Nessa hipótese, a partir de prova obtida ilicitamente, chega-se a uma prova que, vista isoladamente, seria lícita. Um bom exemplo seria o de alguém confessa a prática de um crime de roubo mediante tortura e indica a pessoa com a qual está o produto do crime (prova obtida ilicitamente); a autoridade policial, com mandado judicial, ingressa na residência indicada e consegue apreender a coisa obtida com a prática infracional (prova obtida licitamente, mas que derivou da confissão, feita em virtude da tortura.

Segundo Tourinho Filho (2001, p. 376) a doutrina do "*fruits of the poisonous tree*", ou simplesmente "*fruit doctrine*", "fruto da árvore envenenada" ou "venenosa", que foi cunhada pela Suprema Corte Norte Americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos, teve origem no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 US 385 (1920), quando tal Corte decidiu que o Estado não podia intimar pessoas a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal.

No Brasil, ainda prevalece no Supremo Tribunal Federal que a prova ilícita originária contamina as demais provas dela decorrentes, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada.

A propósito, eis o teor da ementa do julgado que orienta desde então a nossa jurisprudência (STF, 1993):

"Ementa: PROVA ILICITA: ESCUTA TELEFONICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO

ART. 5, XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSÍVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALÊNCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINÁ-LA E VIABILIZÁ-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE". (STF, 1993, HC n.º 69.912)

Entretanto, o Supremo ressalva que a invalidade se estende unicamente àquelas provas que decorreram diretamente da prova ilícita originária, como bem alerta o constitucionalista Moraes (2007):

"Em conclusão, as provas ilícitas, bem como todas aquelas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes, ou ainda, que também decorreram de outras fontes, além da própria prova ilícita; garantindo-se, pois, a licitude da prova derivada da ilícita, quando, conforme salientado pelo Ministro Eros Grau, "arrimada em elementos probatórios coligidos de sua juntada aos autos". (MORAIS, 2007, p. 103-104)

Sendo assim, podemos inferir que a Corte Constitucional Brasileira admite a prova derivada da ilícita desde que não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras, não havendo que se falar em vinculação causal (*"an independent source"*).

Registre-se o teor do § 1.º do artigo 157 do CPP:

**Art. 157** CPP ...

**§1º** - São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por um fonte independente das primeiras".

Todavia, o aproveitamento no processo dessa prova derivada da ilícita deve seguir critérios, como leciona Calhau(2013):

"(...), não podemos deixar de registrar a lição de Barbosa Moreira no sentido de que existe uma precipitação em importar a *"teoria dos frutos da árvore envenenada"*, ainda mais em formulação indiscriminada, nua dos matizes que a recobrem no próprio país de origem. A jurisprudência norte-americana, com efeito, não a consagra sem ponderáveis restrições. Interessante notar que nos Estados Unidos, entre outros casos, se tem repellido a tese da ilicitude "derivada" ou por "contaminação" quando o órgão judicial se convence de que, se fosse como fosse, se chegaria "inevitavelmente", nas circunstâncias, a obter a prova por meio legítimo, isto é, ainda a fazer-se abstração da ilegalidade praticada". (CALHAU, 2013)

Acrescenta Avena(2008), que:

(...) Em outras palavras, faz-se necessário que a prova tida como contaminada tenha sido decorrência direta ou indireta de uma anterior a ela, manifestamente viciada. Se, ao contrário, provier a prova de fonte independente, como tal considerada como aquela que não possui qualquer nexo de causalidade com a prova reconhecidamente ilícita que a precedeu, ou de prova que de qualquer modo viria aos autos, sendo irrelevante, para o seu surgimento, a circunstância de, antes dela, ter-se operado situação



de ilegalidade probatória, não ocorrerá a contaminação. Trata-se, neste último caso, do que a doutrina vem chamando de descoberta inevitável, segundo a qual a prova será considerada admissível se a parte interessada comprovar que ela seria, inevitavelmente, descoberta por meios legais. (AVENA, 2008, p. 173).

Neves (2010) sintetiza as restrições da aplicação da teoria:

“Importante notar que essa teoria, importada do direito norte-americano, encontra certas limitações em seu próprio país de origem. Para que a chamada prova ilícita por derivação seja admitida, deve-se observar:

- a)** ausência de nexo de causalidade, ou seja, a contaminação só atinge as provas que sejam efetivamente derivadas da prova ilícita (hypothetical independent source rule ou independent source limitation);
- b)** a descoberta inevitável (inevitable discovery), ou seja, a prova deve ser admitida sempre que se demonstre que seria possível obtê-la por meios lícitos;
- c)** possibilidade de descontaminação, apagando o nexo causal da ilicitude, (purget taint limitation) quando o vício pode ser convalidado mediante acontecimento posterior, como ocorre na confissão espontânea da parte (Teoria da mancha purgada)”. (NEVES, 2010, p. 400)

Fascinados com a riqueza da matéria, agregamos alguns exemplos consolidados na jurisprudência que podem aclarar a matéria:

**Ex1:** Confissão obtida durante prisão ilegal - a confissão sob prisão ilegal é prova ilícita e, portanto, inválida a condenação nela fundada. Temos aqui, simples aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. Afinal, se a prisão foi ilegal, todas as provas obtidas em razão dessa prisão também estarão contaminadas pela mesma ilicitude).

**Ex2:** Gravação de interrogatório informal - é ilícita a prova obtida por meio de gravação de conversa informal do indiciado com policiais, por constituir "interrogatório"

sub-reptício, sem as formalidades legais prevista para o inquérito policial e sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio.

**Ex3:** Violações - embora a autorização expressa para a violação excepcional refirase só às comunicações telefônicas, as demais inviolabilidades não são absolutas, haja vista que não existem direitos e garantias fundamentais de caráter absoluto no Estado brasileiro. Assim, numa situação concreta, em que estejam em jogo outros valores constitucionalmente protegidos (direito à vida, por exemplo), poderá ocorrer a violação das correspondências, para salvaguardar o direito à vida. Assim, é consolidada a jurisprudência do STF neste sentido:

“(...) a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de prevenção da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (HC nº 70.814/SP, rel. Min. Celso de Mello, 01.03.1994).

A seguir, destacamos alguns aspectos importantes acerca da interceptação das comunicações telefônicas previsto no art. 5º. inciso XII, da Carta Magna.

Antes de tudo, devemos deixar clara a diferença entre sigilo telefônico e sigilo das comunicações telefônicas. Quando se fala em quebra do sigilo telefônico, trata-se de acesso aos dados de ligações telefônicas (quem ligou para quem, quando, quanto tempo durou a ligação). Quando se fala em interceptação telefônica, trata-se de gravação das conversas estabelecidas entre os interlocutores, ou seja, refere-se ao conteúdo da conversa.

Assim, esse dispositivo constitucional não impede o acesso aos dados em si, alcançando, apenas, a comunicação enquanto em trânsito; Portanto, se o conteúdo da conversa já foi gravado em mídia, se o e-mail já foi armazenado no disco rígido do computador ou em outra mídia qualquer, ou impresso em papel, não há mais que se falar em aplicação da inviolabilidade prevista no inciso XII do art. 5º. Nesses casos, poderão tais conteúdos, já gravados, serem apreendidos como provas lícitas, mesmo no curso de processo (durante a execução de um mandado de busca, por exemplo).

## 2.2 Correntes doutrinárias sobre aproveitamento da prova ilícita no processo

No tocante a possibilidade de aproveitamento das provas ilícitas no processo, existem várias correntes doutrinárias: A primeira delas defende que deve ser reconhecida como válida e eficaz no processo, as provas obtidas ilicitamente; A segunda considera ser sempre inadmissível o seu aproveitamento, pouco importando a relevância do direito invocado; Uma terceira corrente concilia as duas primeiras fundamentando-se no princípio da proporcionalidade.

A doutrina cita a existência de pelo menos quatro posicionamentos distintos:

- 1) A prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem a produziu pelo crime eventualmente cometido (Cordero, Tornaghi, Mendonça Lima);
- 2) A ordenamento jurídico é uma unidade e, assim, não admite que a prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, seja aceita no âmbito do processo (Nuvolone, Frederico Marques, Fragoso, Pestana Aguiar);
- 3) É inadmissível a prova obtida com violação de norma constitucional por sua inconstitucionalidade (Cappelletti, Vigoriti, Comoglio); e
- 4) A prova obtida com violação constitucional pode ser admitida em casos excepcionais, quando os valores também constitucionalmente protegidos que se visava resguardar com a obtenção ilícita forem mais relevantes do que os infringidos na colheita da prova. (Baur, Barbosa Moreira, Renato Maciel, Hermano Duval, Camargo Aranha e Moniz Aragão).

A quarta corrente nos parece a mais acertada, pois assim como a vedação à prova ilícita, o direito à prova também é uma garantia constitucional, devendo o juiz sopesar qual deles deva prevalecer no caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade e sempre com foco no interesse da sociedade.

## 2.3 Tese de inadmissibilidade da utilização processual da prova ilícita

Essa corrente, também chamada teoria obstativa, defende que toda e qualquer prova obtida por meio ilícito deve ser sumariamente banida no processo, por mais altos e relevantes que possam se apresentar os fatos por ela apurados.

Em insuperável defesa acerca da inadmissibilidade da utilização de prova ilícita no processo, Ustároz (2002), afirmou:

Por tais razões, de ordem prática, ética e mesmo lógica, não é dado à qualquer litigante introduzir prova obtida por meio ilícito no processo, podendo-se dizer que o direito à prova encontra, sim, fronteiras definidas pelo sistema e não pode ser entendido como garantia absoluta, na medida em que coexiste com outras garantias que a repelem, uma vez verificadas determinadas circunstâncias concretas. Por decorrência, soa admissível a tese segundo a qual o processo, em certas hipóteses, arrefece seu ímpeto de perseguir a verdade a todo custo. A preocupação, na realidade, sempre existe, porém, em nome de valores outros, de igual ou superior hierarquia no sistema, optamos por preservar situações juridicamente protegidas de cegas investidas em nome da descoberta da *verdade real*. E essa conclusão é oportuna quando buscamos colocar o problema da vedação constitucional da prova ilícita. Efetivamente, bem examinada a questão, observaremos que a proibição da utilização de provas obtidas ilicitamente, não visa outro que proteger valores importantes do sistema, como a intimidade, a honra, enfim toda gama de direitos reconhecidos e inerentes aos cidadãos dos modernos Estados de Direito. Nessa linha, justo que o legislador sequer tolere as provas obtidas com violação de direito, eis que imbuído do escopo de prestigiar a democracia constitucional. (USTÁRROZ, 2002)

Os argumentos dessa teoria sustentam que o sistema legal não pode proteger alguém que tenha infringido norma material ou processual para obter prova, em prejuízo alheio, garantindo que a igualdade das partes seja respeitada. Nestes casos, a entidade desidente (órgão jurisdicional) tem a dever de determinar o desentranhamento dos autos da prova produzida ilicitamente, não lhe reconhecendo nenhuma eficácia, possibilitando um julgamento correto e justo, sem surpresas desautorizadas pelo direito.

#### **2.4 Tese da admissibilidade da utilização processual da prova ilícita**

Também conhecida como teoria permissiva, essa corrente defende que a prova obtida ilicitamente deve sempre ser reconhecida pelo ordenamento jurídico como válida e eficaz, devendo prevalecer o interesse da justiça no descobrimento da

verdade, de modo a formar o convencimento do julgador. Nesses casos o infrator, (aquele que produziu a prova ilicitamente) ficará sujeito as sanções previstas em lei.

Pedroso (1896), filiado a essa corrente, defende que:

“(...).se o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real (hoje entendida como verdade possível), aceitável é que, se a prova ilicitamente obtida mostrar essa verdade, seja ela admissível, sem intimidar o Estado da persecução criminal contra o agente que infringiu as disposições legais e os direitos do réu. (PEDROSO, 1986, p. 163)

A teoria permissiva sustenta que o direito, pela sua própria natureza dialética, não gosta de soluções acabadas, radicais e imutáveis, a exemplo da inflexível vedação à prova ilícita prevista na Carta Magna.

Uma solução única ou inflexível não deve ser adotada pela própria riqueza e diversidade de situações sociais que se nos apresentam. Assim, é preciso reconhecer que os direitos fundamentais insertos no artigo 5.º da CF/88 podem, a depender do caso concreto, estar em aparente conflito.

A propósito, Didier Júnior (2007) reflete:

“(...). Todavia, é de se observar que nem só a proibição do uso de prova ilícita é garantia constitucional; também o direito à prova o é. E por isso surge o delicado problema de investigar adequadamente o tema da prova ilícita, buscando solucionar, acima de tudo, o conflito que pode surgir entre os princípios constitucionais do acesso à justiça e do direito à prova, de um lado, e, de outro, o da proibição do uso da prova ilícita”. (DIDIER JR, 2007, *ob.cit.*, p. 24)

Sendo assim, o direito fundamental de inadmissibilidade de prova ilícita no processo pode conflitar com outro direito fundamental. Nesse sentido, Fernando Capez (2001) chega a falar, inclusive, em sacrifício do primeiro (vedação à prova ilícita) em detrimento de outro:

“Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade

que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica, precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado". (CAPEZ, 2001, p. 32-33)

## 2.5 Corrente conciliadora ou da proporcionalidade

Essa teoria é a que prevalece na doutrina brasileira e surge da fusão das teorias obstativa e permissiva. Para seus defensores, a proibição de aproveitamento das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância do que o direito violado ou outro direito fundamental com ele contrastante.

Sendo assim, deve o operador do direito tentar harmonizar (leia-se amenizar) o alcance de um (ou de ambos) de forma a encontrar uma solução adequada do caso resguardando um direito mais relevante para a sociedade.

Nesse passo, o princípio da proporcionalidade vai ao encontro com a tese conciliadora. Deve haver uma análise proporcional dos bens jurídicos, não se aceitando toda e qualquer prova ilícita, mas permitindo-se, excepcionalmente, o aproveitamento destas se o direito violado for de menor importância. Neste caso, o direito advindo da prova ilicitamente obtida possui maior relevância que o direito violado para sua obtenção, devendo, a prova ilícita ser aceita válida e eficazmente;

De outro modo, se o direito violado for de maior importância, deverá ser protegido pelo poder judiciário e, conseqüentemente, a prova ilicitamente obtida não deverá ser aceita.

Segundo Nery Júnior (1999):

"(...). Não se trata de um conflito entre garantias fundamentais. No caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social. (NERY JR, 1999, p. 79).

### 3. A PROVA ILÍCITA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

#### 3.1 Considerações iniciais

O princípio da proporcionalidade não se encontra expressamente previsto no texto da Carta Política de 1988, tratando-se, portanto, de princípio implícito. Para o STF, o princípio da proporcionalidade tem origem no princípio do devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV), considerado em sua acepção substantiva (cria direitos fundamentais não expressos na constituição) e não meramente formal (tratam da validade do processo).

Este terceiro capítulo tentará fazer a interseção do princípio da proporcionalidade e o instituto da prova ilícita.

Segundo ensina de Marinoni e Arenhart (2003), citando Karl Larenz, surgindo conflito entre princípios fundamentais devemos:

*“Existindo o direito constitucional de se provar o que se alega em juízo, e, existindo, por outro lado, o direito constitucional de não ter contra si prova ilícita produzida, não há como fugir da consideração do princípio da proporcionalidade.*

Como explica Karl Larenz, o princípio da proporcionalidade *exige ponderação dos direitos e bens jurídicos que estão em jogo conforme o peso que é conferido ao bem respectivo na respectiva situação.* Ponderar e sopesar não são imagens; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisso reside a maior dificuldade – *não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também a situação concreta em cada caso. Em outras palavras, a ponderação de bens deve ser feita no caso concreto, uma vez que não existe uma ordem hierárquica em que possa ler-se o resultado numa tabela.* (MARINONI, ARENHART, 2003, ob. cit. p. 320)

Dessa forma, em que pese ser possível a aplicação do princípio da proporcionalidade para atenuar o rigor constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, essa incidência depende de uma análise, *“in concreto”*, entre os princípios conflitantes, de maneira a se preservar o bem jurídico mais valioso para a sociedade.

O legislador ordinário, tentando relativizar a incontestável intolância do legislador constituinte em relação ao uso da prova ilícita, alterou o artigo 157, do Código de Processo Penal, pela Lei n.º 11.690/2008, *“in verbis”*:

**Art. 157.** São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas a normas constitucionais ou legais.

**§ 1.º** São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por um fonte independente das primeiras.

**§ 2.º** Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da instrução ou da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Tal alteração introduziu formalmente no nosso sistema legal a previsão de mitigar a exceção à vedação absoluta da utilização da prova ilícita, quando esta não possuir qualquer nexo de causalidade com a prova reconhecidamente ilícita que a precedeu, ou pela certeza que de qualquer modo a prova viria aos autos.

Essa mitigação se coaduna com o entendimento daqueles que não admitem a presença de direitos absolutos, mesmo que se trate de direitos fundamentais previstos na CF/88 ou em textos de tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais nesse contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídica valorativa.

### 3.2 Proporcionalidade ou razoabilidade

Parte da doutrina busca diferenciar o princípio da proporcionalidade (de origem alemã) e o princípio da razoabilidade (de raízes norte-americanas).

Para Helenilson Cunha Pontes, citado por Antunes (2006):

- a) O princípio da proporcionalidade exige maior motivação racional nas decisões do que o princípio da razoabilidade;



- b) O princípio da razoabilidade, ao contrário do princípio da proporcionalidade, prescinde de consideração da relação meio-fim;
- c) Enquanto a razoabilidade constitui princípio geral de interpretação, a proporcionalidade, além dessa qualidade também consubstancia princípio jurídico material;
- d) Finalmente, a razoabilidade tem função eficaz de bloqueio, enquanto a proporcionalidade, além dessa mesma função, também assegura a concretização dos interesses constitucionalmente consagrados. (ANTUNES, 2006)

Portanto, verifica-se que a o princípio da razoabilidade possui uma maior abstração do que o princípio da proporcionalidade.

A razoabilidade possui uma função negativa no sentido de impedir que o poder estatal ultrapasse seus limites com medidas de excessão que acabem por ferir os direitos fundamentais dos indivíduos. Já a proporcionalidade se reservaria a atuar contra os abusos ou excessos de poderes, equacionando racionalmente os conflitos entre direitos e princípios fundamentais.

Frise-se, no entanto, que tal distinção não produz grandes efeitos práticos, não sendo utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, nem pela maioria da doutrina, nem por este trabalho, os quais utilizam indistintamente tais expressões, com maior destaque até para a menção ao princípio da proporcionalidade.

### **3.3 Elementos e funções do princípio da proporcionalidade**

O magistrado para fazer uso do princípio da proporcionalidade deve verificar se estão presentes no contexto fático alguns requisitos, conforme ensina Para Lenza (2013):

- a) necessidade:** por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa;
- b) adequação:** também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;

**c) proporcionalidade em sentido estrito:** sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, tem termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição. (LENZA, 2013, *ob. cit.*, p. 138)

Para proceder essa verificação devemos responder sempre a três perguntas singelas e sucessivas, Segundo Wolf (2010) :

- a) o prejuízo é o menor possível? (“é necessário?”);
- b) a medida a ser tomada é útil para atingir o fim perseguido? (“é útil?”);
- c) é justa, considerando uma relação de custo benefício? (“é proporcional em sentido estrito?”).

Quanto as suas funções, o princípio da proporcionalidade atua como limite a eventuais excessos do poder estatal e tem papel fundamental na solução de aprentes conflitos de direitos fundamentais.

Rolim (2002), assim resume:

“É possível vislumbrar duas funções distintas desempenhadas pelo referido princípio no sistema normativo. Na primeira delas, o princípio da proporcionalidade configura instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos.

(...)

De outro lado, o princípio em exame também cumpre a relevante missão de funcionar como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto”. (ROLIM, 2002)

### **3.4 Prova ilícita e proporcionalidade**

O STF, em uma interpretação harmônica das liberdades constitucionais, aceita a proporcionalidade e a relaciona à prova ilícita, em matéria penal, quando favorável ao acusado, ou seja, “*pro reo*”. A doutrina e a jurisprudência têm admitido o seu aproveitamento no processo em observância ao direito de defesa e ao princípio do *favor*

*rei*. Essa posição suaviza o rigorismo da não aceitação incondicional das provas ilícitas prevista na Carta Magna. Nessas hipóteses, o réu encontrar-se-ia em circunstância de verdadeiro estado de necessidade, que é uma das causas, como sabemos, de exclusão da ilicitude, vendo-se compelido ao uso de prova ilícita em defesa de seu direito.

Assim, valendo-se da teoria do sacrifício, entende a doutrina pátria que é possível a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, quando for a única possível, e, quando produzida pelo próprio interessado fundamentando-se no princípio da proporcionalidade.

Portanto, se a prova foi obtida para resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado, não há que se falar em ilicitude e, portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova ilícita.

### **3.5 Correntes doutrinárias**

São três as correntes doutrinárias acerca do aproveitamento da prova ilícita no processo, quais sejam: a) a teoria obstativa; b) a permissiva; c) e a intermediária.

A teoria obstativa é radical no sentido da inadmissibilidade da utilização de prova ilícita em processo, ainda que de forma pontual.

Já a permissiva se contrapõe à primeira. Admite o emprego da prova ilícita em todos os casos e, traz consigo, obviamente, um risco.

Por fim, a visão intermediária permite a aplicação, mas só em face de determinadas circunstâncias, as quais procuraremos mencionar e sistematizar, uma vez que a reputamos a mais sensata.

Neves (2010) resume bem os ditames da referida teoria:

“Entre as duas correntes surge uma intermediária, em meu sentir a mais adequada dentre as três no trato da matéria. Negando ser o princípio constitucional da prova ilícita absoluto – como no mais nenhum princípio jamais será –, essa corrente doutrinária defende que, dependendo das circunstâncias, em aplicação do *princípio da proporcionalidade*, é possível a utilização da prova ilícita, o que não impedirá a geração dos efeitos civis, penais e administrativos em

razão da ilicitude do ato. Trata-se de corrente majoritária na doutrina brasileira.

Para a majoritária corrente doutrinária que permite o afastamento do óbice da vedação constitucional pela aplicação do princípio da proporcionalidade, algumas condições são exigidas para a utilização da prova ilícita na formação do convencimento do juiz:

- (a) gravidade do caso;
- (b) espécie de relação jurídica controvertida;
- (c) dificuldade de demonstrar a veracidade de forma lícita;
- (d) prevalência do direito protegido com a utilização da prova ilícita comparado com o direito violado;
- (e) (e) imprescindibilidade de prova na formação do convencimento judicial". (NEVES, 2010, *ob. cit.*, p. 401)

### 3.6 O procedimento sugerido pela doutrina

Havendo conflito entre o princípio da vedação ao uso da prova ilícita e outro princípio de grandeza constitucional, a doutrina sugere que o juiz observe alguns passos antes de aplicar do princípio da proporcionalidade para admitir a prova ilícita, zelando pela igualdade entre as partes.

Antunes (2006) nos informa os passos a serem trilhados pelo magistrado:

"O primeiro passo é o de se analisar se realmente existe uma colisão de direitos fundamentais, o que se faz averiguando, *"interpretativamente, se os direitos em tensão são estatuídos, de forma direta ou indireta (não-escrita), por normas –princípios constitucionais"*. (...)

No segundo passo deve-se visualizar a situação de conflito, tendo por escopo primordial identificar todas as circunstâncias relevantes a serem abordadas. Somente após a configuração destes, é que se prosseguirá para a aplicação do princípio da proporcionalidade propriamente dito.

O terceiro passo consiste no exame do princípio da proporcionalidade, por meio da análise sucessiva de seus três subprincípios na seguinte ordem: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito, visto que há entre os três subprincípios uma progressão do tipo lógico. Aludida progressão significa que:

Uma decisão normativa (meio) será considerada proporcional em sentido amplo se ela, primeiro, for adequada, depois, necessária e, por fim, proporcional em sentido estrito. A inadequação do meio já será suficiente para considera-lo desproporcional. Apenas analisa-se a proporcionalidade à luz do princípio subsequente se ela satisfaz o princípio antecedente.

Por fim, caracterizando-se as três situações anteriormente elencadas, tendo-se em vista o caráter principal dos direitos fundamentais e as circunstâncias do caso concreto, será necessário se fundamentar racionalmente o resultado da ponderação de bens.

Ante o exposto, percebe-se que a finalidade primordial da aplicação do princípio da proporcionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, por meio da garantia dos mesmos ante as possibilidades fáticas e jurídicas. (ANTUNES, 2006).

Resumindo, deve o órgão disidente: (i) constatar que trata-se de hipótese de colisão de direitos fundamentais, (ii) considerar todas as circunstâncias pertinentes e interessantes do caso em apreço, (iii) verificar se estão preenchidos os requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade estrita para, finalmente, à luz de uma boa fundamentação racional, aplicar-se o princípio da proporcionalidade, sempre buscando a proteção dos direitos e garantias fundamentais mais relevantes para a sociedade.

### **3.7 Aplicação do princípio da proporcionalidade para admitir, excepcionalmente, no processo, prova ilícita em favor do réu**

Essa corrente, que não enfrenta grande resistência na jurisprudência e doutrina pátria, se funda nos princípios do *favor rei* e do direito de defesa, os quais buscam preservar os direitos fundamentais do indivíduo nos casos de dúvidas processuais.

Alguns doutrinadores, como Barbosa (2006), defendem que o sujeito que tem contra si um processo, em situação de franca desvantagem, e tem a seu dispor prova ilícita, estaria em verdadeiro "(...) estado de necessidade, vendo-se compelido a usar a prova ilícita para proteger seu direito fundamental".

Sobre o tema, Capez (2007) acresce:

"Grinover, Scarance e Magalhães esclarecem que é praticamente unânime o entendimento que admite "a utilização no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros". No mesmo sentido, Torquato Avólio, ao lembrar que "a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do *favor rei*, é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e jurisprudência". De fato, a tendência da doutrina pátria é a de acolher essa teoria, para favorecer o acusado (a chamada prova ilícita *pro reo*), em face do princípio do *favor rei*, admitindo sejam utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, desde que em benefício da defesa (Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da USP)". (CAPEZ, 2007, *ob. cit.*, p. 527)

Antunes (2006), por sua vez, assevera que:

"O acusado que faz uso de provas ilícitas para se defender conta a seu favor com os princípios constitucionais da liberdade, da ampla defesa e do contraditório, princípio da busca da verdade real, bem como com o princípio da presunção de inocência. Todavia, nestes casos (prova ilícita em favor do acusado), os princípios mencionados podem colidir com os também princípios constitucionais das liberdades individuais, direito à intimidade, direito ao sigilo das comunicações, direito a inviolabilidade do domicílio, direito à integridade, direito à dignidade, direito ao devido processo legal, direito à propriedade e, por fim, o princípio da vedação das provas ilícitas". (ANTUNES, 2006)

Frise-se ainda que as provas ilícitas em favor do réu somente podem ser utilizadas quando se tratar da única forma de absolvê-lo, este se encontrar em estado de necessidade ou então para comprovar um fato indispensável à sua defesa.

Alguns exemplos citados pela doutrina são: **a)** Gravação de conversa por um dos interlocutores - é lícita a prova obtida por meio de gravação de conversa própria, feita por um dos interlocutores, desde que presente situação de legítima defesa (quem está gravando está sendo vítima de proposta criminosa do outro, por exemplo); **b)** Gravação realizada por terceiro - é lícita a gravação de conversa realizada por terceiro, com a autorização de um dos interlocutores, sem o consentimento do outro, desde que para ser utilizada em legítima defesa; **c)** descoberta fortuita ou acidental - é válida a prova de um crime descoberto acidentalmente durante a escuta telefônica autorizada judicialmente para apuração de crime diverso, desde que haja conexão entre os delitos.

### **3.8 Aplicação do princípio da proporcionalidade para admitir, excepcionalmente, no processo, prova ilícita em favor da sociedade**

Como dito anteriormente, a tendência da doutrina e jurisprudência pátria é a de acolher a teoria do princípio *favor rei*, para favorecer o acusado, admitindo-se que as provas ilícitas sejam utilizadas no processo penal desde que em benefício da defesa.

O emprego de tal preceito, *mutatis mutandi*, em prol da sociedade, ainda não está pacificada, apresentando uma certa oposição por parte de alguns juristas.

Parte da doutrina defende que mesmo quando colhidas ilegalmente, tais evidências poderão ser aceitas em atenção ao princípio da proporcionalidade, para preservar um direito de maior relevância para a sociedade (*pro societate* - decisão da 6ª Turma do STJ).

Outra parte da doutrina afirma que não se pode recorrer ao princípio da proporcionalidade para favorecer o “Estado-Persecutor”, que é, sem dúvida, a parte mais forte quando em conflito com os cidadãos.

Capez (2007) introduz a problemática quando preleciona:

“Mais delicada, portanto, é a questão da adoção do princípio da proporcionalidade *pro societate*. Aqui, não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito da acusação à prova. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de tutelar a

vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos”. (CAPEZ, 2007, p. 529)

Na defesa do pensamento *pro societate*, adverte Moraes (2007):

“As liberdades públicas não podem ser utilizadas com um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”. (MORAES, 2007, *ob. cit.*, p. 104)

O exemplo citado pela doutrina seria o de um detento que se utiliza de uma carta destinada a um comparsa a fim de planejar e executar um evento criminoso de grande repercussão numa determinada localidade. A pergunta é: O sigilo constitucional garantido às correspondências poderia ser invocado pelo detento durante o processo para obstar ou tornar ilícita a interceptação da carta pela administração do presídio?

O Supremo Tribunal Federal (1994) assim entende:

“E M E N T A: HABEAS CORPUS – 80714 – SP - Relator(a): CELSO DE MELLO. A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (...)”. (STF, 1994, HC n.º 70.814)

Um outro exemplo seria o de um cidadão que grava, sem autorização judicial, a conversa que manteve com o sequestrador de seu filho (em desacordo com a Lei n.º 9.296/1996). A pergunta é: Incurriria esse pai em uma prática ilícita, maculando a gravação e impossibilitando sua utilização no processo criminal como prova?

O Supremo (1998), no julgamento do HC n.º 75338, assim decidiu:



"(...) É INCONSISTENTE E FERE O SENSO COMUM FALAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQÜESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFERIDA". (STF, 1998, HC n.º 75338)

É, a propósito, o entendimento de Moraes (2007):

"Note-se que não se trata de acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e, conseqüentemente, em desrespeito ao art. 5.º, inciso LVI, da Constituição Federal. O que ocorre na hipótese é a *ausência de ilicitude* dessa prova, vez que aqueles que a produziram agiram em *legítima defesa de seus direitos fundamentais*, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas anteriormente ilícitas. Assim agindo – em legítima defesa – a ilicitude na colheita da prova é afastada, não incidindo, portanto, o inciso LVI, do art. 5.º, da Carta Magna.

Como observado pelo Ministro Moreira Alves, em lapidar voto-relator no Habeas Corpus n.º 74.678/SP, evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com seqüestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significaria o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa". (MORAES, 2007, p. 105)

No âmbito do direito administrativo, o exemplo é o do servidor público que é apanhado, ainda que em gravação clandestina, recebendo propina, vantagem indevida ou suborno para praticar ou deixar de praticar algum ato. A pergunta é: A vedação do uso da

prova ilícita (gravação clandestina) deve prevalecer em detrimento da probidade e moralidade pública, flagrantemente e gravemente feridas?

Moraes (2007) entende que:

“(…), deve ser permitida a utilização de gravações clandestinas por um dos interlocutores, realizadas sem o conhecimento do agente público, que comprovem sua participação, utilizando-se de seu cargo, função ou emprego público, na prática de atos ilícitos (por exemplo: concussão, tráfico de influência, ato de improbidade administrativa), não lhe sendo possível alegar as inviolabilidades à intimidade ou à vida privada no trato da *res* pública; pois, na administração pública, em regra, não vigora o sigilo na condução dos negócios políticos do Estado, mas o princípio da publicidade”. (MORAES, 2007, p. 106)

No campo do direito civil, o princípio da proporcionalidade também pode atuar para abrandar a rigidez da cláusula constitucional de vedação à prova ilícita.

Silva (2006) traz exemplo insuperável:

“Suponha-se, a título de ilustração, o caso de **ação de destituição de pátrio poder**, na qual existam provas ilícitas (*e.g.* gravações clandestinas) evidenciando a prática de abuso sexual dos genitores contra o menor. Nesta hipótese, entendemos que o direito à dignidade e ao respeito do ser humano em formação, assegurado, com absoluta prioridade, pelo texto constitucional (art. 227 CF), assume peso superior que o do direito de privacidade dos pais da criança, justificando a admissibilidade do uso da prova ilícita”. (SILVA, 2006)

Percebe-se que a tendência da doutrina e jurisprudência é a de admitir o aproveitamento no processo da prova, a priori ilícita, em favor da sociedade, sempre à luz do princípio da proporcionalidade e somente naquelas condições em aquela se afigura indispensável para fundamentar a melhor solução para o caso.

O Superior Tribunal de Justiça (2001), afirmando essa aplicação excepcional, assim entendeu:

Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 121, DO CÓDIGO PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. AUTOR DA GRAVAÇÃO QUE NÃO A REALIZOU PARA A PRÓPRIA DEFESA E, TAMPOUCO, EM RAZÃO DE INVESTIDA CRIMINOSA. INDEVIDA VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE. ILICITUDE DA PROVA. I - No "Supremo Tribunal, não tem voga a afirmação apodítica dessa licitude (licitude da gravação de conversa realizada por um dos interlocutores), (...): a hipótese de gravação de comunicação telefônica própria, sem ciência do interlocutor, tem sido aqui examinada caso a caso, e ora reputada prova ilícita, por violação da privacidade (...), ora considerada lícita, se utilizada na defesa de direito do autor ou partícipe da gravação, em especial, se vítima ou destinatária de proposta criminosa de outro (...)." (cf, HC 80949-9/RJ, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 14/12/2001). II - Portanto, a análise da licitude ou não da gravação de conversa por um dos interlocutores sem a ciência do outro deve ser casuística, i.e., deve ser caso a caso. (STJ, 1991, HC n.º 57.961)

## CONCLUSÃO

A essência deste trabalho residiu em identificar se é possível a aplicação do princípio da proporcionalidade para, de forma extraordinária e casuística, admitir a utilização de prova obtida ou produzida de forma ilícita no processo, seja ele de natureza criminal ou não.

Constatou-se que, assim como a vedação da prova ilícita o direito a produzir provas e vê-las serem consideradas pelo juiz também o é, sendo ambas desdobramentos lógicos dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Assim, às partes, buscam a reconstruir os fatos da forma mais próxima possível ao que realmente ocorreu (verdade possível), cabendo ao julgador apreciar as provas de acordo com o seu livre convencimento, mas sempre para assegurar a proteção dos direitos fundamentais do homem.

No entanto, a liberdade probatória e o livre convencimento motivado do julgador encontram limites no princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos,

inserido no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, bem como no artigo 157 do Código de Processo Penal (com a nova lei). Assim, as partes não podem, em regra, fazer prova de suas alegações por meio de provas ilícitas, e também o juiz fica impossibilitado para, ainda que esteja plenamente convencido em relação a determinado fato, fundamentar sua decisão a partir delas.

Ressalte-se que, doutrina e jurisprudência, numa interpretação mitigadora da vedação constitucional, afirmam que a vedação ao aproveitamento no processo das provas ilícitas não é absoluta, cabendo em hipóteses excepcionais, sua relativização, desde que o bem jurídico a ser protegido fosse de maior relevância no caso concreto.

Nesse passo, a teoria da proporcionalidade tem importante papel para fundamentar a admissão de uma prova ilícita em favor da vítima ou da sociedade.

Também abordamos o fato de os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade serem tratados como sinônimos pelos Tribunais Superiores, apesar de a doutrina insistir em afirmar uma diferenciação, apontando como elementos essenciais à caracterização do princípio da proporcionalidade: a necessidade, a adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Quanto as funções, a proporcionalidade atua como limite para evitar o excesso ou abuso do poder pelo particular e pelo próprio Estado e também de atua como parâmetro de solução de conflitos que envolvam princípios de estatura constitucional.

No que diz respeito à prova, observamos que a prova é “o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões” (Ordenações Filipinas, Liv. III, Tít. 63), tanto na perspectivas objetiva (instrução do feito), quanto na subjetiva (efeito psicológico do convencimento jurídico, destinado ao órgão julgador da causa).

Sobre o problema da verdade no processo, constatamos que a verdade é uma só, não passível de reprodução perfeita no mundo dos autos. No entanto, é preciso sempre buscar o melhor resultado possível da instrução, com igual intensidade, nas esferas cível, administrativa e criminal, de maneira a tornar o processo mais próximo possível da realidade, posto que os conceitos de “verdade formal” e “verdade material” estão ultrapassados.

A teoria dos frutos da árvore envenenada (*“fruits of the poisonous tree”*), foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, desde que estejam presentes no caso concreto: (i) ausência de nexo de causalidade (vinculação causal ou *“independent source”*), (ii) a

possibilidade de descoberta inevitável (autonomia ou fonte inevitável) e (iii) possibilidade da descontaminação da prova.

Três são as teorias jurídicas (obstativa, permissiva e intermediária) e a análise de diversas situações hipotéticas, percebemos que a absoluta vedação ao emprego das provas ilícitas não tem razão de ser.

O procedimento sugerido pela doutrina passa pelas fases da identificação do conflito entre direitos fundamentais, exame da presença dos elementos do princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) e da fundamentação racional da decisão,

Especificamente, em benefício do réu, a aplicação é admitida com amplo amparo doutrinário e jurisprudencial, desde que represente a única forma de defesa ou a possibilidade de comprovação de fato indispensável a solução do caso.

Já a aplicação *pro societate* em desfavor do réu, apesar de encontrar alguma resistência, também vem sendo amenizado ou afastado em casos graves que podem ocorrer nas áreas do direito penal, administrativo-penal ou cível.

Assim, o que se pode acertadamente afirmar é que, embora o principal papel da vedação constitucional às provas ilícitas seja a proteção de direitos fundamentais do cidadão contra arbítrios do Estado, haverá situações em que tal proibição, adotada de forma absoluta, ensejará hipóteses conflitantes, protegendo-se um direito fundamental de alguém que ameaça solapar os fundamentos basilares da sociedade constituída.

Por fim, concluímos que a utilização da prova ilícita pode ser admitida, de forma excepcional, após a análise do preenchimento de uma série de requisitos e, mediante uma operação hermenêutica, para, possibilitar uma melhor instrução processual e uma decisão mais justa.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Roberta P. *O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8153>>. Acesso em: 10 de agosto de 2013.

AVENA, Norberto C. P. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

BARBOSA, José O. G. As provas ilícitas no processo brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1060, 27 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8417>>. Acesso em: 9 de agosto de 2013.

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).

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. 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).

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Habeas Corpus. n.º 69.912. L. M. T. e TRF da 4.ª Região. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 16 de dezembro de 1993. Disponível em <http://www.stf.gov.br>; No mesmo sentido julgado pelo STF: HC n.º 74116 e HC n.º 73351 HC 80949

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1.ª Turma. Habeas Corpus n.º 70.814. U. A. S. e TJ-SP. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 1.º de março de 1994. Disponível em <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Habeas Corpus n.º 75.338. A. A. G, J. M. C. de A. e órgão especial do TJ-RJ. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, DF, 11 de março de 1998. Disponível em <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5.ª Turma. Habeas Corpus n.º 57.961. M. C. da C., A. J. S e TJ-SP. Relator: Min. Félix Fischer. Brasília, DF, 21 de junho de 2007. Disponível em <http://www.stj.gov.br>.

CALHAU, Lélío B. O direito à prova, as provas ilícitas e as novas tecnologias. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=818>>. Acesso em: 10 de agosto de 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de penal – legislação penal especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 4.

CINTRA, Antonio C. de A., GRINOVER, Ada P., e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paulo S., OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil – Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: Editora Jus Podium, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz G., ARENHART, Sérgio C. *Manual do processo do conhecimento. – A tutela constitucional através do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988*, 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NEVES, Daniel A. A. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, curso de processo penal, pag. 172, 15ª edição, atualizada de acordo com a Lei n.º 12.403, de 04 de maio de 2011, editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo Penal: O direito de defesa – Repercussão, amplitude e limites*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ROLIM, Luciano S. G. Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>>. Acesso em: 11 de agosto de 2013.

SILVA, Luciana V. Prova ilícita no processo civil à luz do princípio da proporcionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1188, 2 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8997>>. Acesso em: 9 de agosto de 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da C. 2. ed. *Manual de processo penal*. Saraiva: São Paulo, 2001.

USTÁRROZ, Daniel. Provas ilícitas lícitas?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3056>>. Acesso em: 10 de agosto de 2013.

WOLFF, Tatiana K. Juízo de proporcionalidade entre princípios constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2579, 24 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17050>>. Acesso em: 11 de agosto de 2013.



## ALIENAÇÃO PARENTAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

**SHEILA RODRIGUES MARQUES:**

Pós-graduada em Processo Civil.  
Pós-graduada em Psicologia  
Jurídica. Bacharel em Direito.

**RESUMO:** A presente monografia traz um estudo acerca do tema alienação parental nas relações familiares a partir do Direito de Família e a Lei nº12.318/10. Tratar-se-á da família, sociedade conjugal e tipos de guarda. Em seguida é apresentada a alienação parental bem como seu conceito, suas características, a dificuldade de comprovação, normas, comportamentos, síndrome da alienação parental, consequências da alienação ou síndrome para as crianças, possibilidades para resolver os problemas. Por fim, será tratada sobre a ocorrência da alienação parental em vários casos. O objetivo deste trabalho é mostrar aos leitores que a síndrome da alienação parental não está ligada somente à separação do casal, e sim em várias situações cotidianas que serão apresentadas detalhadamente no último capítulo.

Palavras – chave: família, alienação parental, síndrome da alienação parental.

**ABSTRACT:** This monograph presents a study on the topic parental alienation in family relations from the Family Law and the nº12.318 / 10 Law. Family, conjugal society and types of guards will treat yourself. Then Parental Alienation is presented as well as its concept, its characteristics, the difficulty of proof, norms, behaviors, parental alienation syndrome, or syndrome of alienation consequences for children, opportunities to solve problems. Finally, it will be treated on the occurrence of parental alienation in several cases. The objective of this work is to show reader that this parental alienation syndrome not linked only to the separation of the couple, but in many everyday situations that will be detailed in the final chapter.

Words - Tags: family, parental alienation, parental alienation syndrome.

**SUMÁRIO:** 1- INTRODUÇÃO. 2- ORGANIZAÇÃO FAMILIAR. 2.1 A família contemporânea. 2.2 Sociedade conjugal. 2.3 Tipos de guarda. 3- ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO DIREITO BRASILEIRO. 3.1 Alienação parental: Conceitos e características. 3.2 A dificuldade de comprovação da alienação parental. 3.3 As normas legais – Lei 12318, ECA e CF ao CCB. 3.4 Síndrome da Alienação Parental. 3.5, 7 Comportamentos mais comuns que caracterizam a alienação parental. 3.5.1 Acusação de

abuso sexual. 3.5.2 Afastamento de genitor (a) do filho. 3.5.3 Diversos comportamentos que demonstram a alienação parental. 3.6 Procedimentos corretos e incorretos a entrevista de criança sobre abuso sexual. 3.6.1 Promotora da infância e juventude protege falsas acusadoras. 3.6.2 Diferença entre síndrome da alienação parental e negligência. 3.6.3 Consequência da alienação parental ou síndrome para as crianças. 3.6.4 A mediação como alternativa para resolver o problema da alienação parental. 4- ENVOLVIDOS NA ALIENAÇÃO PARENTAL. 4.1 Casamento. 4.2 Avós. 4.3 Namorados. 4.4 Crianças. 4.5 Alienação parental de idoso. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS. ANEXO.

## 1- INTRODUÇÃO

A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica na qual todos ocupam um lugar, possuindo uma função- lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos sem, entretanto estarem necessariamente ligados biologicamente. Essa é a estrutura familiar que interessa investigar e trazer para o direito. É a preservação do LAR no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito.<sup>102</sup>

Contudo, observa-se que a ruptura da vida conjugal cresceu, desencadeando a partir daí, em muitos casos, um sentimento de sofrimento e desrespeito entre os genitores partindo-se para a desmoralização um do outro através da chamada Alienação Parental.

Por ser um tema novo para muitos, introduzido no Brasil através da Lei nº 12.318/10 e não ser um assunto muito discutido na mídia, quem pratica alienação parental, muitas vezes, desconhece o nome deste comportamento e não sabe de que se trata o assunto. Destaca-se ainda que mudanças estão ocorrendo dentro de famílias de pais divorciados como o comportamento e convívio dos filhos, sendo que no meio desse fogo cruzado, quem mais acaba se prejudicando são os filhos.

Em alguns casos, a criança é induzida a não manter contato com o pai ou mãe que não mora mais com ela, mas que também a ama porque um dos cônjuges cria falsas acusações contra o outro. Sendo assim, a criança que não tem maturidade suficiente imagina que aquele cenário é verdadeiro, distanciando-se ainda mais de seu genitor/a.

O maior enfoque dado à alienação parental neste trabalho é nos casos de separação, mas esse fenômeno pode ocorrer em outras circunstâncias, como por exemplo, no caso de pais não separados, avós em relação aos filhos, filhos que praticam a alienação com os pais em relação a outros irmãos, entre outros.

---

<sup>102</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 6ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010, p.27.

No primeiro capítulo será abordada a questão da família, sociedade conjugal, tipos de guarda, aspectos legais da guarda e guarda compartilhada. Já no segundo capítulo a alienação parental, suas características a síndrome da alienação parental com seus efeitos, características e as normas legais, e por fim, será tratado da

alienação parental nos casos de separação, mas, também, em outras situações que não sejam apenas nos casos de separação que será o foco do presente trabalho.

A importância desse estudo está no entendimento acerca do fenômeno em comento e cumprimento da lei, quando o mesmo for percebido, pois são graves as suas consequências, para todos os envolvidos que, passam por momentos de sofrimento e tudo deve ser feito no sentido de prevenir esta situação.

## **2- A ORGANIZAÇÃO FAMILIAR**

### **2.1 A família contemporânea**

A família e sua constituição sofreu muitas mudanças de alguns anos para cá. Antigamente, a que existia era aquela patriarcal, totalmente comandada pelo pai, na qual a mãe ficava cuidando da casa e dos filhos e o pai saía para trabalhar para prover o sustento do lar.

Com o passar dos anos, tudo isso mudou, e a mulher foi, então inserida no mercado de trabalho e começou a não depender totalmente do marido em questões financeiras, ficando, a partir daí, o pai também responsável pela educação dos filhos.

Destaca-se ainda que o poder familiar compete aos pais e na falta de um deles o outro responde sozinho pelo filho, ou caso contrário os dois responderão juntos. Acerca do assunto, Fabio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis comentam que, "o exercício do poder familiar compete a ambos os pais, o que se mostra perceptível quando a família esta lastreada com base no casamento ou na união estável, na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá de forma exclusiva."<sup>103</sup>

Vale lembrar que a família não é formada somente de pai/ mãe e a (CF/88) apresenta três modalidades de família, sendo elas, o casamento, a união estável e a família monoparental. A modalidade mais tradicional é o casamento, sendo que o Código Civil brasileiro estabeleceu os mesmo direitos e deveres para ambos os

---

<sup>103</sup> FIGUEIREDO, Fábio Vieira e GEORGIOS, Alexandridis. **Alienação Parental**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.14.

cônjuges elencado no art. 226, § 1º CF, onde aduz que o mesmo é civil e gratuito a sua celebração.

Além daquele tem-se a união estável que está expressamente descrita no art. 226, § 3º da CF, sendo formada por um homem e uma mulher com intenção de constituir uma família, mas não existe a celebração do casamento em si e pode também não existir a coabitação, mas exige que seja pública e exista uma relação estável para que seja reconhecida como entidade familiar, podendo ela ser convertida em casamento.

A família monoparental prevista no art. 226, §4º da CF é outra forma de família sendo considerada a comunidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou seja, aquela formada apenas por um dos pais e seu filho, podendo ela ser constituída pelo divórcio, pela adoção, inseminação artificial entre outras. Além disso, considera-se família aquela formada por avós e netos ou outra formação que tenha esse objetivo.

Temos também as famílias homoafetivas, onde dois homens ou duas mulheres assumem esse papel. Recentemente foi proferida uma decisão no STF104 pelo reconhecimento da mesma como entidade familiar. Sendo assim, como regra pode ser aplicado à união estável entre pessoas do mesmo sexo, podendo então ser convertida em casamento e, todos os cartórios obrigados a aceitar a celebração do casamento e também a possível adoção entre homoafetivos no Brasil, e os filhos, podendo advir de reprodução assistida das mais variadas formas e adoção unilateral e bilateral.

Mais recentemente estão surgindo entendimentos de uma nova modalidade de união poliafetiva que nada mais é do que a união de mais de duas pessoas. Pode ser considerado como família, portanto, para fins desse trabalho, todas as formas apresentadas.

## **2.2 Sociedade conjugal**

A sociedade conjugal nada mais é do que a união de duas pessoas com o objetivo de constituir uma família. Conforme art 1571 CC, ela termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio. Sociedade conjugal não significa só a concepção do casamento, mas também da união estável.

Em seguida, abordaremos os possíveis tipos de guarda de filhos nos casos de dissolução das uniões para que, mais adiante, se compreenda em que contexto ocorre a alienação parental no caso de pais separados.

### 2.3 Tipos de guarda

Existem no ordenamento jurídico brasileiro vários tipos de guarda de filhos, sendo que na maioria das vezes ela é unilateral e se destina a mãe, mas a justiça procura observar o desejo de com quem a criança escolhe ficar.<sup>105</sup> São elas:

*Guarda Conjunta:* nessa os pais ainda são casados e moram com os filhos, sendo assim os deveres em relação aos filhos são praticados em conjunto.

*Guarda Alternada:* nesta os cuidados são alternados, ficando o filho por um determinado período na casa da mãe e outro na casa do pai, sendo assim permanece na casa dos pais em períodos iguais e pré-estabelecidos pelo juiz, ou ajustado entre as partes.

*Guarda Unilateral:* um dos pais tem o direito da guarda da criança e o outro o da visita.

*Guarda Compartilhada:* na guarda compartilhada os pais têm os mesmos direitos e obrigações com relação aos filhos, mas é determinado um referencial de moradia. Desenvolvemos um pouco mais a respeito da guarda compartilhada, uma vez que é uma das guardas mais recomendadas quando existe a separação do casal, sendo ela o recurso para que os pais consigam conviver e construir juntos a educação, o lado emocional e também o psicológico de seus filhos menores de 18 anos após o rompimento conjugal.

Acerca do assunto, Denise Maria Perissini da Silva trata do mesmo como:

A guarda compartilhada é uma modalidade de guarda de filhos menores de 18 anos completos não emancipados, ou maiores incapacitados enquanto durar a incapacidade, que vem crescendo nos últimos tempos, como a maneira mais evolutiva

---

<sup>105</sup> Há divergências sobre o entendimento de que a criança, a partir de certa idade deve ser ouvida. Parte da doutrina defende que se observe o que é melhor para ela a partir de laudo social, depoimentos e outras provas, mas excluindo sua manifestação.

e equilibrada de manter vínculos parentais com os filhos após o rompimento conjugal.<sup>106</sup>

Conforme art. 1º, § 2º da lei nº 11.698/08, quando não houver acordo entre os pais, a guarda que prevalecerá será sempre a guarda compartilhada. A partir da separação dos pais, a criança precisa cada vez mais deles, e nenhum e nem o outro passa a ser menos importante em sua vida sendo assim passam a ser insubstituíveis para seus filhos. O mais importante é que o que prevalecerá na guarda compartilhada é o convívio com os filhos e não a relação amigável ou não entre o ex-casal. Existe um projeto de lei complementar (PLC 117/2013) onde determina que em casos de separação a guarda seja sempre compartilhada.

Na guarda compartilhada, a maior parte dos casos, não tem a privação de visitas e com hora marcada, mas sim a visitação é livre. Os pais querem então dividir a responsabilidade e o lazer para com os filhos, mas depende de um comum acordo e diálogo entre eles. A guarda compartilhada acaba sendo um sucesso quando os pais em conjunto e sem rivalidade buscam o melhor para seus filhos fazendo com que a guarda não se torne dentro de casa um ambiente pesado e de angústia. Nas outras modalidades de guarda, não é, por exemplo, porque o cônjuge que tem a guarda ama mais o seu filho do que o outro, o amor é igual e somente o que muda é que a guarda fica com apenas um deles.

Vale lembrar que a guarda compartilhada não exclui o dever de pagamento da pensão alimentícia, sendo que se essa medida de guarda for tomada, a obrigação alimentar pode ser ajustada consensualmente ou através de requerimento ao juiz do dever do pagamento da pensão alimentícia. É o que relata Denise Maria Perissini da Silva acerca do assunto, "importante lembrar que a guarda compartilhada não exclui a pensão alimentícia. Mesmo que seja adotada, um dos cônjuges pode submeter ao juiz um pedido de pensão."<sup>107</sup>

Sendo assim, o cônjuge que faz o pagamento da pensão alimentícia ao filho, o mesmo não estará isento das obrigações de vestuário, material escolar, do convívio psicológico e emocional, e garante também a convivência familiar entre pais e filhos mesmo com a dissolução do casamento.

A guarda compartilhada pode ser implementada após o processo de separação, e se confunde muito com a guarda alternada que é a modalidade de guarda onde os

---

106 SILVA, Denise Maria Perissini. **Mediação e Guarda Compartilhada: Conquistas para a Família.**São Paulo: Armazém do Ipê, 2011, p.1.

107 SILVA, Denise Maria Perissini. **Mediação e Guarda Compartilhada: Conquistas para a Família.**São Paulo: Armazém do Ipê, 2011, p.15.

pais ficam com seus filhos por um período de tempo maior, podendo ser semanal, mensal ou anual e até mesmo repartida no dia, ficando parte do tempo com a mãe e a outra parte de tempo com o pai.

Mas este modelo de guarda é criticado pela sociedade pelo fato de os pais terem suas responsabilidades divididas, e a criança acaba se confundindo não sabendo a qual educação seguir, pois dependendo da forma que a separação ocorreu pode haver um ressentimento entre os ex-conjuges onde propositalmente ou não recai á criança. É o que relata Denise Maria Perissini da Silva:

É bastante criticada em nosso meio, uma vez que contradiz o princípio da continuidade do lar, que deve compor o bem-estar da criança muito pequena. Objeta-se, também, que seja prejudicial á consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da sua personalidade, em razão da instabilidade emocional e psíquica criada pela constante mudança de referenciais — dependendo, obviamente, da forma como ocorreu a separação parental e da existência de resquícios de ressentimento entre os ex-conjuges, que são transmitidos, conscientemente ou inconscientemente, aos filhos.

Na guarda compartilhada o foco não é o compartilhamento do filho como na guarda alternada, e sim o compartilhamento de obrigações e deveres para com os filhos, bem como o acompanhamento na escola, em médicos, no lazer, entre outros que venham a favorecer o bem do mesmo.

Apesar da legislação e da doutrina defender essa forma de guarda, na prática, ela é pouco utilizada, em função, justamente dos desentendimentos do casal. Na prática ainda prevalece a guarda unilateral, sendo que a obrigação, o dever com o filho e a moradia fica estipulada somente a um dos genitores, tendo o outro a obrigação de contribuir financeiramente e o direito de visitas. A guarda unilateral não está ligada somente a mãe, mas também ao pai, inexistindo aquela ideia de que o filho fixa moradia somente com a mãe.

A guarda compartilhada pode ser usada como mecanismo para evitar a alienação parental, sendo assim, os filhos permanecem sob a autoridade tanto do pai quanto da mãe onde os mesmos tomam as decisões acerca dos filhos em conjunto, trazendo a igualdade de ambos nos exercício parental. Segundo Douglas Phillips Freitas acerca do assunto destaca que:

A guarda compartilhada é um sistema em que os filhos de pais separados permanecem sob a autoridade equivalente de ambos os genitores que vem tomar em conjunto decisões importantes quanto ao seu bem-estar, educação, e criação. Esse é um dos meios de exercício da autoridade familiar, que busca harmonizar as relações pai/filho e mãe/filho, que espontaneamente tendem a modificar-se depois da dissolução da convivência.<sup>108</sup>

Corroborando com o autor acima se pode verificar que a guarda compartilhada é um sistema onde os pais separados tomam juntas as decisões e tem a mesma responsabilidade quanto aos filhos, sendo que esse modo busca harmonizar as relações entre os cônjuges e os filhos, buscando evitar a alienação parental. No próximo capítulo será discutida a alienação parental, as dificuldades de comprovação, normas, síndrome da alienação parental e os comportamentos que caracterizam a alienação parental.

### **3. ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL NO DIREITO BRASILEIRO**

#### **2.4** Alienação parental: conceitos e características

A alienação parental é um tema que é abordado no Direito de Família, e foi percebida em processos de guarda pelo americano Richard Gardner professor de psiquiatria infantil da Universidade de Columbia e também perito judicial. Caracteriza-se pelo ato de induzir a criança a rejeitar o pai ou mãe alvo (comesquivas, mensagens difamatórias, até o ódio ou acusação de abuso sexual).<sup>109</sup> A partir daí, surgem mentiras e atos de um genitor que fazem com que a criança odeie a outra parte.

Esse ato de alienação parental também pode ser praticado pelos avós de uma forma que eles mesmos induzam seus filhos a não criarem vínculo afetivo com os netos argumentando que os mesmos não são capazes de cuidar-los. Nesta linha de pensamento, Roberta Palermo afirma que, avós e outros familiares também podem ser

---

<sup>108</sup> FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental**: Comentários á Lei 12.318/2010. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.90.

<sup>109</sup> SILVA, Denise Maria Perissini. **Mediação e Guarda Compartilhada**: Conquistas para a Família. São Paulo: Armazém do Ipê, 2011, p.47.



responsabilizados. Eles podem, inclusive, alienar os próprios filhos, afirmando que estes não servem para criar os netos ou que simplesmente os abandonaram.<sup>110</sup>

Sobre o termo alienação parental Maria Berenice Dias o define como “nada mais do que uma „lavagem cerebral” feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador”.

Já Denise Maria Perissini da Silva, destaca que a alienação parental é o ato de induzir a criança a rejeitar o pai ou a mãe alvo, e a síndrome da alienação parental é o conjunto de sintomas que a criança pode vir a apresentar, decorrente dos atos de alienação parental.<sup>111</sup> Diante do exposto, pode-se concluir que o assunto a ser analisado é a alienação parental.

Os casos mais frequentes de alienação parental estão interligados à ruptura da vida conjugal de um casal e que, com tal decisão, usam o filho como escudo ou objeto de manipulação, sem ao menos saber o grande problema que estão causando para as pessoas envolvidas, e tanto a criança quanto o adolescente são usados como um instrumento de agressividade contra o ex-parceiro (a). Esse assunto tornou-se mais amplo e debatido a partir da Lei nº 12.318/2010, a qual, no caput do art. 2ª, traz sua definição:

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 o adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.<sup>112</sup>

Ela ocorre nas famílias de todas as classes sociais, seja na baixa, média e alta. Neste contexto, quando há indícios de alienação parental, o processo terá tramitação prioritária a requerimento ou de ofício, e em qualquer fase processual, mas para

---

110 PALERMO, Roberta. **Ex-marido, pai presente:** Dicas para não cair na armadilha da alienação parental. São Paulo: Mescla, 2012, p.23.

111 SILVA, Denise Maria Perissini. **Mediação e Guarda Compartilhada:** Conquistas para a Família. São Paulo: Armazém do Ipê, 2011. p.47.

112 LEI Nº 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: 07 out. de 2014

isso, é preciso um laudo emitido por um perito judicial, no qual esteja transcrito o ato de alienação parental. Nos termos do artigo 4º da Lei nº 12.318:

Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

## **2.5 A dificuldade da comprovação da Alienação Parental**

Existe uma grande dificuldade na sua identificação, pois depende de estudos psicológicos específicos. Se houver indícios da prática da alienação parental, o juiz exigirá perícia psicológica ou biopsicossocial de um perito profissional na área para ter a certeza da existência ou não dessa situação e será considerada quando for prolatada a decisão judicial. É o que diz o art. 5º da Lei 12.318/2010:

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.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do 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 genitor.

§ 2º - A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º - O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.<sup>14</sup>

Muitas vezes a denúncia acerca da alienação parental, está baseada em vingança por parte de um dos genitores, com o intuito de deteriorar a relação entre pai e filho, fazendo com que o filho invente situações onde jamais existiram edificando, assim, sua identificação. Nesta linha de raciocínio, Maria Berenice Dias salienta que:

É enorme a dificuldade de identificação da existência ou não dos episódios denunciados. Difícil reconhecer que se esta diante da síndrome da alienação parental e que a denuncia do abuso foi levada a efeito por espírito de vingança, como meio de acabar com o relacionamento do filho com o genitor. Mister que a justiça se capacite para poder distinguir o sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vingança, a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias, com o só intuito de afastá-lo do genitor.<sup>113</sup>

Neste sentido existe decisão sobre a utilização dos filhos como instrumento de vingança no TJRS, onde uma mãe registrou boletim de ocorrência argumentando que o pai praticava alienação parental e requeria a suspensão de suas visitas. O Tribunal entendeu que o documento unilateral é insuficiente como prova, descabendo então a suspensão de visita paterna sob a alegação de que os menores correm risco:

**Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DE VISITAS PATERNAS. DESCABIMENTO. Não há nenhuma prova de **alienação parental** praticada pelo pai. Boletim de ocorrência policial registrada pela mãe, documento unilateral, não faz prova

113 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 453.

sobre isso. Descabe determinar suspensão de visitas paternas sem prova e no rigor sem sequer alegação de que as crianças estejam correndo algum risco quando em companhia do pai. DERAM PROVIMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70060160686, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 11/09/2014)114

Na próxima decisão não existem elementos suficientes acerca de uma suposta alienação parental dos avós maternos. A genitora da criança faleceu e em razão da necessidade de manter os vínculos afetivos entre neto e avós a alteração de visitas somente caberia com a prova inequívoca da prática da alienação parental. Nos casos em que se postula uma liminar ou uma antecipação de tutela a prova deve ser *prima facie*, inequívoca:

**Ementa:** AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. **ALIENAÇÃO PARENTAL**. AVÓS MATERNOS. GENITORA QUE FALECEU. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DESCABIMENTO. 1. A antecipação de tutela consiste na concessão imediata da tutela reclamada na petição inicial e sua concessão pressupõe existência de prova inequívoca capaz de convencer da verossimilhança da alegação e, ainda, que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Inteligência do art. 273 do CPC. 2. Descabe deferir a antecipação de tutela, alterando o esquema de visitas da menor aos avós maternos, quando não há nos autos elementos suficientes acerca da suposta **alienação parental** perpetrada pelos avós. 3. O convívio da criança com os avós é, em regra, saudável e, no caso, é até necessário para preservar os vínculos afetivos com avós maternos, mormente em razão do falecimento precoce da genitora. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70057987042, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,

---

114 RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão nº 70060160686**. Agravante: C.R.P. Agravado: M.V. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre: RS. 11 de setembro de 2014. Disponível em: [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br). Acesso em 28. Set. 2014.

Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 17/12/2013)115

Observamos, então, que os juízes são muito cuidadosos no que diz respeito à existência de comprovação das alegações feitas por uma das partes. Uma das provas que pode dar mais segurança a uma decisão judicial nestes casos são as perícias técnicas. Vale lembrar que o perito social, ou seja, o assistente social está relacionado aos casos de guarda e o psicólogo atua nos casos de alienação parental, é o que resta demonstrado na tabela abaixo:

<b>Matéria</b>	<b>Perito a ser indicado</b>
Condição e análise da situação familiar, sua comunidade e realidade vivenciadas pelas partes.	Assistente social
Condição e análise do subjetivismo e das inter-relações entre as partes envolvidas.	Psicólogo
Situação clínica quanto à saúde física dos envolvidos	Médico em suas especialidades
Questões concernentes à escola, planos pedagógicos, relação e ambiente escolar.	Pedagogo ou psicopedagogo

Fonte: FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental: Comentários à Lei 12.318/2010.**

Na tabela que segue apresentam-se algumas situações concretas relacionadas à competência de cada profissional:

---

115 RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão nº70057987042.** Agravante: L.S.G. Agravado: I.A. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre: RS. 17 Set. 2013. Disponível em: [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br). Acesso em 28. Set. 2014

Situação	Perito a ser indicado
Situações em que há de se averiguar casos de guardião que se ausenta (ou viaja) com a criança sem se comunicar ao não guardião, nos dias da visita designada.	Assistente Social
Problemas de saúde que determina que o local onde o menor reside ou irá residir lhe seja agravante por conta da alta ou baixa umidade ou outras causas relativas à saúde.	Médico
Questões sobre a idoneidade do guardião ou não guardião	Assistente social
Relação afetiva consolidada para justificar a manutenção ou mudança da guarda.	Psicólogo
Indicação de mudança de guarda por conta de melhor acesso ao ensino.	Pedagogo ou psicopedagogo
Percepção de existência de alienação parental.	Psicólogo

Fonte: FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental: Comentários à Lei 12.318/2010.**

Quanto mais demorado for para identificar a alienação parental e assim ser feita a perícia, maior será o prejuízo da criança, visto que para a realização e comprovação da perícia depende de intervenção psicológica e de um profissional adequado. Havendo indícios da prática de alienação parental o juiz poderá determinar perícia, a qual é chamada de perícia multidisciplinar, composta por perícias sociais, psicológicas,

médicas entre outras. Consiste na designação genérica das perícias que poderão ser realizadas em conjunto ou separadamente na ação judicial.<sup>116</sup>

## 2.6 As normas legais – Lei 12.318/10, ECA, CF ao CCB

Além da lei 12.318/2010 que fala da alienação parental, temos também o art. 19 da Lei 8069/1990 ECA, onde diz 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, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.<sup>117</sup>

Neste sentido, o art. 227 da CF, aduz que é dever da família, trazer a educação, o lazer, a alimentação e outros direitos fundamentais acerca da criança, do adolescente e ao jovem.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>118</sup>

Em conformidade com o artigo referido acima, o art. 3º da Lei 8069/7990 explana que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais, sem prejuízo da proteção integral.

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de

---

116 FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental**: Comentários á Lei 12.318/2010. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.51.

117 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal 8.069, de 13 de julho de 1990.

118 BRASIL. Constituição (1988). Brasília: Senado Federal, 1988.

lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.<sup>119</sup>

O artigo 4º da referida lei também destaca alguns princípios parecidos como sendo dever da família e de outros membros, assegurar com prioridade os direitos referentes à vida, à saúde, a alimentação entre outros essenciais.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.<sup>22</sup>

Deste modo, verifica-se que a criança e o adolescente, tem o total direito de conviver em um ambiente familiar sadio, seguros de todos os direitos fundamentais e livres de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. A preservação da integridade psicológica da criança faz parte de um conjunto de ações onde que para preservá-la precisa de um auxílio familiar, seja ele paterno/materno como também com o apoio dos avós. Não adianta somente uma parte ajudar psicologicamente e socialmente se o outro lado no momento atrapalha.

## 2.7 Síndrome da Alienação Parental

Vale ressaltar ainda que existe uma diferença entre a alienação parental e a síndrome da alienação parental, sendo que a primeira, na visão de Fabio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis nada mais é do que a postura do cônjuge mãe/pai em denegrir a imagem do outro cônjuge para o filho, ou seja, "a alienação parental consubstancia-se na atuação inquestionável de um sujeito, denominado alienador, na prática de atos que envolvam uma forma depreciativa de se lidar com um dos genitores."<sup>120</sup>

<sup>22</sup> BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal 8.069, de 13 de julho de 1990.

119 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal 8.069, de 13 de julho de 1990.

120 FIGUEIREDO, Fabio Vieira, ALEXANDRIDIS Georgios. **Alienação Parental**. 2 ed. São Paulo:Saraiva, 2014, p.47.



Já a síndrome da alienação parental é a lavagem cerebral que um dos genitores fazem a respeito do outro para a criança, ou seja, os efeitos da alienação. Nesses termos Jocélia Lima Puchpon Gomes descreve:

A Síndrome da Alienação Parental consiste em um fenômeno resultante da combinação da doutrinação sistemática (lavagem cerebral) de um dos genitores, e das próprias contribuições da criança dirigidas á difamação do progenitor objetivo dessa campanha.<sup>121</sup>

A síndrome da alienação parental foi percebida em processos de guarda pelo professor especialista do Departamento de Psiquiatria infantil da Universidade de Columbia e perito judicial Richard Gardner, como sendo um distúrbio da criança na infância, causada ela pelo outro genitor com o propósito de denegrir a imagem do mesmo:

A síndrome da alienação parental (SAP) é uma disfunção que surge primeiro no contexto das disputas de guarda. Sua primeira manifestação é a campanha que se faz para denegrir um dos pais, uma campanha sem nenhuma justificativa. É resultante da combinação de doutrinações programadas de um dos pais (lavagem cerebral) e as próprias contribuições da criança para a vilificação do pai alvo.<sup>122</sup>

Corroborando com o autor acima, Douglas Phillips Freitas destaca que:

A Síndrome da Alienação Parental trata-se de um transtorno psicológico caracterizado por um conjunto sintomático pelo qual um genitor, denominado cônjuge alienador, modifica a consciência de seu filho, por meio de estratégias de atuação e malícia (mesmo que inconscientemente), com o objetivo de

---

121 GOMES, Jocélia Lima Puchpon. **Síndrome da Alienação Parental: O bullying familiar**. 1 ed. São Paulo: Imperium, 2014, p.19.

122 GARDNER, Richard. **Síndrome da Alienação Parental**. Disponível em: [www.alienacaoparental.com.br](http://www.alienacaoparental.com.br). Acesso em 17.04.2014.

impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominando cônjuge alienado.<sup>123</sup>

Esse comportamento é considerado um assunto muito grave, tratado entre os tribunais com casais em litígio. Na maioria das vezes, o genitor guardião (mãe) é sempre o alienador porque geralmente é ela quem detém a guarda dos filhos. Neste sentido, segundo Delma Silveira Ibias:

Na maioria dos casos, a alienadora é a mãe. E o problema pode começar antes mesmo do parto e aflora na separação. Além disso, muitas vezes alienação é inconsciente, e o responsável nem sempre tem, a noção do prejuízo que esta causando à criança ao companheiro.<sup>124</sup>

Esse alienador acaba impedindo que o outro genitor tenha contato com os filhos, bloqueando o seu direito de convivência. Além disso, existem inúmeras situações inventadas para a criança pelo alienador, até mesmo são criadas mentiras de abuso sexual e outras falsas acusações, bloqueio de visitas, mudança de endereço, tudo isto é para ferir o outro cônjuge. Rolf Madaleno explica que a “Síndrome da Alienação Parental é geralmente alimentada pelo ascendente guardião, que projeta na criança ou adolescente os sentimentos negativos, de indignação e de rancores do ex-parceiro”.<sup>125</sup> Mentir, forjar situação é algumas das atitudes repetidas que ladeiam uma lavagem cerebral na cabeça da criança, fazendo com que ela passe a odiar o genitor, nas palavras de Roberta Palermo:

A mãe ou o pai omite informações relevantes, faz críticas ásperas e realiza aquela famosa campanha de desqualificação do ex-companheiro. A criança no meio do fogo cruzado começa a conviver com sentimentos de ansiedade e de temor em relação ao genitor. É quando se estabelece a alienação parental.<sup>126</sup>

---

123 FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental**: Comentários à Lei 12.318/2010. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.24.

124 IBDFAM – **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Notícias. Disponível em: [www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br). Acesso em: 17.04.2014.

125 MADALENO, Rolf, **Curso de Direito de Família**, Forense: Rio de Janeiro, 2011, p.448.

126 PALERMO, Roberta. **Ex-marido, pai presente**: dicas para não cair na armadilha da alienação

Essa situação prejudica o crescimento da criança tanto nos aspectos psicológicos, quanto na vida social e nos seus direitos. Certos comportamentos confundem a criança ou o adolescente, o qual passa achar realmente que o seu genitor é aquilo que a "outra parte" descreve. Sendo assim, cria vínculos só com quem está morando, deixando o outro de lado, resultando da ação do alienador que sempre arruma empecilhos para o filho não ficar com a mãe/pai. Destaca-se, como um dos efeitos desse comportamento, a alteração de guarda, conforme ementa abaixo:

**Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. GUARDA REVERTIDA EM FAVOR DO GENITOR. FIXAÇÃO DE VISITAS MATERNAS COM ACOMPANHAMENTO. **ALIENAÇÃO PARENTAL** CONFIGURADA. DECISÃO MANTIDA. Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70054794888, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 28/08/2013).127

Nesta decisão, a guarda foi alterada em favor do pai, pois ficou comprovada a alienação parental praticada pela mãe e, por esse motivo, as visitas maternas passaram a ser acompanhadas.

A criança inconformada com a separação dos pais, quando sua moradia é fixada, passa a repudiar o outro genitor mesmo o amando, com medo de magoar e perder a confiança do guardião que está em sua companhia. O genitor alienador não consegue separar sua vida e a da criança e, a partir daí, passa a ter um controle total sobre a situação. Neste diapasão, Roberta Palermo explana que o genitor alienador não tem ideia de como essa alienação pode estar prejudicando a vida do seu filho, sendo assim as características mais comuns são depressão, ansiedade e pânico:

Ao provocar a alienação, o genitor não tem ideia de como pode comprometer o desenvolvimento psicológico da criança/ do adolescente. Os diagnósticos mais comuns nas vítimas da alienação são depressão, ansiedade e pânico. O estado emocional interfere na postura social, no rendimento escolar e causa baixa autoestima. Já na adolescência eles sofrem com o

---

127 RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão nº 70054794888**. Agravante: F.B. Agravado: G.A.C. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre: RS. 28 de agosto de 2013. Disponível em [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br). Acesso em 29. Out. 2014

sentimento de culpa e podem se desenvolver com álcool e drogas para amenizar a dor. Suicídios também constam entre as consequências desse processo. Estudos indicam ainda que transtornos de personalidade de estabelecer relacionamentos estáveis quando adultos e até distúrbios de gênero podem ser resultado da desqualificação do genitor alvo.<sup>128</sup>

Consequenciais mais comuns para a criança vão desde isolamento, angústia, depressão, baixo rendimento escolar, baixa autoestima, uso de álcool e drogas e pode levar até mesmo ao suicídio e é o que se verá com mais atenção no tópico 2.6.

## 2.8 Comportamentos mais comuns que caracterizam a alienação parental

São vários os comportamentos que caracterizam a alienação parental, dentre eles, mentir, forjar situações, falar mal do outro cônjuge, não avisar o mesmo dos compromissos importantes, proibir o contato impedindo o direito de visitas entre outros, até inventar prática de abuso sexual.

### 2.8.1 Acusação de abuso sexual

Nessa linha de pensamento pode ser verificado na decisão abaixo que existe a suspeita de alienação parental contra o pai que é o genitor não guardião, sendo que o mesmo tem o pleno direito de visitar e manter contato com seu filho e a genitora o acusa da prática de abuso sexual. As visitas foram mantidas sem supervisão, pois não foi detectada nenhuma prova sequer a respeito do alegado abuso. A mãe detentora da guarda foi advertida podendo posteriormente ser sujeita a alguma penalidade como multa ou até mesmo a reversão da guarda para o pai:

**Ementa:** DIREITO DE VISITAS. PAI. ACUSAÇÃO DE **ABUSO SEXUAL**. PEDIDO DE SUSPENSÃO. SUSPEITA DE **ALIENAÇÃO PARENTAL**. INTENSA BELIGERÂNCIA. 1. Como decorrência do poder familiar, o pai não-guardião tem o direito de conviver com o filho, acompanhando-lhe a educação, de forma a estabelecer com ele um vínculo afetivo saudável. 2. A criança está vitimizada, no centro de um conflito quase insano, onde a mãe acusa o pai de **abuso sexual**, e este acusa

---

128 PALERMO, Roberta. **Ex-marido, pai presente:** dicas para não cair na armadilha da alienação  
PALERMO, Roberta. **Ex-marido, pai presente:** Dicas para não cair na armadilha da alienação parental. São Paulo: Mescla, 2012, p.2270055911432, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/01/2014)

a mãe de promover **alienação parental**. 3. As visitas foram restabelecidas e ficam mantidas sem a necessidade de supervisão, pois a acusação de **abuso sexual** não encontra nenhum respaldo na prova coligida. 4. A mãe da criança deverá ser severamente advertida acerca da gravidade da conduta de promover **alienação parental** e das graves consequências jurídicas decorrentes, que poderão implicar na aplicação de multa ou, até mesmo, de reversão da guarda. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70060325677, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/07/2014)<sup>32</sup>

Nos casos de denúncia de abuso sexual a perícia submete as crianças maiores de 3 ou 4 anos de idade que sejam ouvidas para ser colhido depoimento e uma possível investigação social e psicológica, é o que diz Roberta Palermo, “para efeito de apuração, é possível que crianças maiores de 3 ou 4 anos de idade sejam ouvidas pelo juiz, a fim de colher depoimento”.<sup>129</sup>

No caso que segue, verifica-se a alegação de abuso sexual, maus tratos, e negligencia, sendo determinado que não será preciso ser feito nova perícia, pois os elementos que constam nos autos é suficiente para verificar que o genitor não tem perfil de abusador sexual, sendo assim não resta dúvidas que isso indica ato de alienação parental. Deste modo permanecem as visitas descabendo uma possível alteração na guarda:

**Ementa:** ALTERAÇÃO DE VISITAS. ALEGAÇÃO DE **ALIENAÇÃO PARENTAL** AUSÊNCIA DE PROVA DO ALEGADO **ABUSO SEXUAL**, DE MAUS TRATOS E NEGLIGÊNCIA POR PARTE DO GENITOR. REVISÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO DE REDUÇÃO. HONORÁRIOS PERICIAIS. AGRAVO RETIDO. 1. Não há necessidade de realização de nova perícia psicológica, quando existem elementos suficientes nos autos no sentido de que o autor não possui perfil de abusador **sexual**. 2. Cabe ao julgador determinar a realização das provas necessárias à instrução do

---

<sup>129</sup> RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão nº 70060325677**. Agravante: V.N.K. Agravado: B.D.Z. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre: RS. 25 de julho de 2014. Disponível em [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br). Acesso em 06. Out. 2014.

feito e indeferir as diligências inúteis ou protelatórias. Inteligência do art. 130 do CPC. 3. Não restando comprovado o alegado **abuso sexual**, nem os maus tratos e a negligência por parte do genitor, e havendo indícios de um processo de **alienação parental** por parte da genitora da menor, deve ser mantido o esquema de visitação estabelecido em primeiro grau, apenas com algumas definições adaptações necessárias para evitar situações de conflito e permitir uma convivência harmoniosa com genitor com a filha. 4. Mostra-se descabida a alteração de guarda em decorrência da **alienação parental**, pois além de não ter sido cabalmente comprovada, restou evidenciado que a filha consegue estabelecer bom vínculo com o pai, situação que tende a melhorar com o incentivo da mãe e o acompanhamento terapêutico. [...] (Apelação Cível. **Acórdão nº 70055911432**. Apelante: P.C.S. APELADO: G.O.L. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre: RS. 29 de janeiro de 2014. Disponível em [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br). Acesso em 06. Out. 2014

No depoimento abaixo resta configurada uma falsa acusação de abuso sexual, ou seja, a mãe alienadora mandava a criança relatar fatos que não ocorreram para incriminar o ex- marido, sendo que o mesmo tinha dificuldades de visitar seu filho, podendo fazê-la somente acompanhado de sua mãe. Foi descoberto mais tarde pela família que o relato do menor constava em relatório do Conselho Tutelar da cidade e havia sido enviado ao judiciário para processo de desconstituição do poder familiar contra o pai, mas não foi evidenciado nada de anormal pela perícia psicológica então a sentença foi favorável às visitas:

R.G. vinha enfrentando dificuldades em visitar seu filho, de 3 anos de idade: só poderia fazê-lo em companhia dos avós paternos. Uma tarde, em que ele levou o filho e a avó paterna em um parque, a criança estava andando de bicicleta em volta de algumas árvores e, quando parou para descansar, sentou-se ao lado da avó e disse: “Vó, sabe o que a mamãe mandou falar? Que o papai ficava procurando cocô com o dedo no meu bumbum”.

Mais tarde, a família descobriu que esse relato constava de um relatório do Conselho Tutelar da cidade, e que havia sido

encaminhado ao judiciário para um processo de Destituição do Poder Familiar contra o pai. A perícia psicológica não evidenciou uma relação abusiva do pai contra o filho, e o juiz deu sentença favorável às visitas. Mesmo assim, a mãe mudou-se como filho para outro estado, para dificultar as visitas, e pretende retirar a criança do país, para ir morar com seu novo marido na Itália. Não há mais informações deste caso, mas pode-se supor que a mãe tenha conseguido alguma manobra para desqualificar o pai e retirar a criança do país. Fonte: SILVA, Denise Maria Perissini. **Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental: O que é isso**. 2.ed. São Paulo: Armazém do Ipê, 2011.

#### 2.8.2 Afastamento de genitor (a) do filho

O depoimento acima pode servir de exemplo a outra forma de praticar a alienação parental, que é o afastamento do pai e do filho, uma vez que a mãe se mudou do estado com o filho para então dificultar as visitas do pai do menor, e com isso pretende ir morar na Itália com seu novo companheiro. Não houve mais informação sobre o caso, mas supõe-se que a mesma tenha burlado a legislação para desqualificar o pai da criança e retirar a mesma do país.

No depoimento acima não resta configurada mais um caso de alienação parental. O casal se separou e depois de um tempo o marido resolveu mesmo estando separada de sua ex a voltar conviver na mesma residência que ela e suas filhas para então participar mais do dia a dia com as filhas, pois, percebeu que estavam tristes:

“Eu vivia muito mal com minha esposa. Decidi me separar dela quando nossas três filhas eram bem pequenas. Depois de um tempo, percebi que as meninas estavam muito tristes e disse à minha ex que, apesar de querer manter a separação, eu desejava morar com elas na mesma casa, a fim de participar do seu dia a dia. Minha ex aceitou pela comodidade de contar comigo para criar nossas filhas, mas sempre me desrespeitava, falando mal e reclamando de mim na frente delas. O tempo passou, elas cresceram e nunca me respeitaram. Até hoje dizem me considerar um fraco por ter vivido ali só por conta delas, por não ter feito minha vida. Eu me arrependi muito de ter

voltado para aquela casa depois da separação, de não ter tocado minha vida nem me relacionado com mais ninguém. Minha atitude e meu sacrifício foram vistos pelas minhas filhas como burrice”. JPF, 52, Jornalista130.

Por conta do retorno do pai, a ex esposa passou a desrespeitá-lo, falava male reclamava dele na frente das filhas e com isso as meninas cresceram mas nunca respeitaram de fato o pai, que se diz arrependido de ter voltado para a antiga casa depois da separação:

Estamos em setembro de 2008. Estão completando 2 anos sem ver e sem conviver com meu filho. Ele segue com transtorno de conduta, desempenho ruim no colégio, a guardiã simplesmente diz que o problema é entre eu e ele! Até a fiscalização sobre ele é difícil, pois os profissionais envolvidos se recusam a falar comigo! Umhas atitudes infantis de uns adultos, acobertados pelo sistema, que jogam meu filho num processo que não sei onde vai terminar.

Nunca conversei com ele sobre a separação! Aliás, a guardiã resolveu se separar e nem conversar comigo o fez. Ele só sabe um lado da história. Onde há paternidade? Onde há justiça, despeitada, aviltada, demonstrando-se incapaz de agir de forma contundente.

Amo meu filho e não consigo expor meu amor a ele. A dor que ele sente sufocada por uma guardiã incapaz de reconhecer o mal que fez sobre meu filho e sobre ela mesma, como refletirá na personalidade dele? Visita? Convivência? Isso não existe! Paternidade não existe! Sou pai sim! Não abro mão desta posição, deste título! Lutarei até o fim para resgatar minha convivência com meu filho! Por enquanto, ser pai é apenas sofrimento e mais nada!

---

130 PALERMO, Roberta. **Ex-marido, pai presente**: Dicas para não cair na armadilha da alienação parental. São Paulo: Mescla, 2012, p.81.



Xaxá (apud) Jocélia Lima Puchpon Gomes<sup>131</sup>

Mais uma caso de alienação parental onde o pai não vê o filho há 2 anos por conta da desqualificação do mesmo por parte da genitora que diz que o problema é entre os dois e não com ela. Alexandre, 46 anos, gerente de projetos é pai de Otavio, 13 anos e moram no Rio de Janeiro. Ele nunca conversou com o filho a respeito da separação e quando o fato ocorreu a ex simplesmente quis acabar e não deu satisfação alguma sobre. Hoje a criança sofre de transtorno de conduta e má desempenho no colégio e por conta dos fatos ocorridos ele ressalta: "Por enquanto ser pai é apenas sofrimento e mais nada!"

Dentre as formas apresentadas em relação ao comportamento do alienador destaca-se também a recusa do genitor de passar as chamadas telefônicas ao filho, a apresentação do novo cônjuge aos filhos como sendo sua nova mãe ou pai, não entregar os presentes mandados aos filhos, impedir o direito de visitas do outro genitor, tomar decisões sozinhas em relação ao filho, não passar informações do filho entre outros vários comportamentos que passam a prejudicar o bom relacionamento.

Com base nos julgados e depoimentos apresentados, pode-se constatar que são inúmeros os comportamentos de um genitor alienador e que muitas vezes através da separação conjugal com a figura de ser um pai/mãe super protetor acaba denegrindo a relação entre o alienado e a criança para se vingar.

### **2.8.3** Diversos comportamentos que demonstram a alienação parental

Como já visto no tópico anterior o comportamento mais agravante é o da prática de acusação de abuso sexual, mas vale lembrar que existem outros comportamentos que assustam e fazem tão mal quanto o mesmo, sendo assim Roberta Palermo destaca alguns dos comportamentos do alienador onde demonstra a alienação de forma clara:

- O genitor alienador "esquece" de dar recados quando o alienado telefona para o filho;
- Também "esquece" de avisar sobre compromissos e atividades escolares em que seria necessária ou desejável a presença do genitor alienado, como consultas médicas ou

---

<sup>131</sup> Xaxá (apud) GOMES, Jocélia Lima Puchpon. **Síndrome da Alienação Parental: O bullying familiar**. 1 ed. São Paulo: Imperium, 2014, p.58 e 59.

reuniões escolares;

- Faz comentários pejorativos sobre o outro genitor diante da criança;
- Menciona sempre na presença da criança, que o outro deixou de comparecer a compromissos sobre os quais convenientemente “esqueceu” de avisar o genitor afastado, afirmando até que ponto ele é omissivo em relação ao filho;
- Dificulta a convivência do alienado com o filho, criando programas maravilhosos para o dia em que a criança está com o ex-conjuge;
- Telefona todo o tempo em que o menor está com o alienado no período de convivência;
- Tenta manter o controle sobre o filho de terminando o tipo de programação que o menor fará com o genitor alienado;
- Diz ao filho que fica muito triste quando este fica com o outro genitor, fazendo que a criança se sinta culpada ao se divertir com o alienado;
- Força a criança de uma cumplicidade entre si e a criança de modo que ele afirme a sentir o que ele, alienador, sente;
- Muda de cidade, sem justificativa e de forma abrupta, para impedir que os filhos tenham a convivência mantida com aquele que está sendo alienado.<sup>132</sup>

Estes comportamentos devem ser observados e denunciados, caso estejam configurando a prática da alienação parental.

## **2.9 Procedimentos corretos e incorretos para entrevista de criança sobre abuso sexual**

Como a acusação mais corriqueira para tentar afastar os pais dos filhos é a de abuso sexual, importante conhecer a forma de abordagem da criança para fazer

---

<sup>132</sup> PALERMO, Roberta. **Ex-marido, pai presente**: Dicas para não cair na armadilha da alienação parental. São Paulo: Mescla, 2012, p.21

com que ela se sinta confortável e relate os fatos. Dessa forma, apresenta-se a tabela que segue com algumas orientações:

<b>O que fazer:</b>	<b>O que não fazer:</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Conduzir a entrevista em particular;</li> <li>• Tentar estabelecer um relacionamento empático com a criança;</li> <li>• Fazer que a criança seja entrevistada pelos profissionais mais experientes disponíveis;</li> <li>• Explicar o propósito da entrevista em linguagem apropriada ao nível de desenvolvimento da criança;</li> <li>• Perguntar se a criança tem alguma dúvida, e responder;</li> <li>• Sentar-se próximo à criança, não em frente a uma mesa ou escrivaninha;</li> <li>• Fazer perguntas diretas e sem julgamentos.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sugerir resposta à criança;</li> <li>• Pressionar a criança para resposta que ela não seja capaz de dar;</li> <li>• Criticar a escolha das palavras pela criança;</li> <li>• Sugerir que a criança deva sentir-se envergonhada ou culpada pela situação;</li> <li>• Deixar a criança sem atenção ou com pessoas desconhecidas;</li> <li>• Prometer o que não possa ser cumprido, como, por exemplo, "tudo o que você me disser será confidencial".</li> </ul>

<b>O que perguntar e o que NÃO perguntar:</b>	
<p><b>SIM</b></p> <p>Fale-se sobre...</p>	<p><b>NÃO</b></p> <p>O pênis dele (do agressor) é duro ou</p>

Como aconteceu?	mole? Saiu algo do pênis dele?
Pode explicar?	Tocou você aqui?
O que aconteceu depois?	
Como parecia?	
Como descrever?	

Fonte: Calçada (2007) apud Denise Maria Perissini da Silva<sup>133</sup>

### 2.9.1 Promotora de infância protege falsas acusadoras

Não resta comprovado o fato abaixo, que uma promotora de infância e juventude do Rio de Janeiro, após um debate realizado, protegeu a intenção das falsas acusadoras de abuso sexual, onde um homem da plateia pediu se com a comprovação de falsa denúncia e má fé, havia alguma possibilidade de ser revertida a guarda da criança, e a mesma respondeu que isso só pode ocorrer se essa falsa denuncia trouxer algum dolo a criança.

O fato aconteceu no dia 11 de novembro de 2008 no Ciclo de Debates realizado no Calouste Goubekian, no Rio de Janeiro, onde se debatia o tema “Falsas denúncias de abuso sexual — Violação dos direitos da criança”. Uma advogada, uma assistente social, uma psicóloga (Andréa Calçada) e uma promotora de infância e juventude fizeram suas explicações e abriram para a plateia fazer perguntas.

Um homem então perguntou: “Ao ser comprovado que a denuncia feita pela mãe foi falsa e de extremada má-fé, demonstrando que esta genitora não possui a menor capacidade moral e ética para criar uma criança e que, o que é

<sup>133</sup> Calçada (2007) apud Denise Maria Perissini da Silva. **Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental**: O que é isso. 2.ed. São Paulo: Armazém do Ipê, 2011. P. 114.

pior, não teme expor o filho a uma experiência terrível e traumatizante na sua vida em formação, por que ao se findar o processo, como medida de proteção para esta criança, à guarda não é transferida para o pai?”

RESPOSTA DA PROMOTORA: “Para se reverter à guarda é necessário que seja comprovado que a falsa denúncia trouxe algum dolo à criança.”

O homem, então, redirecionou imediatamente a pergunta para a psicóloga Andréa Calçada: “Existe algum caso de falsa denúncia no qual a criança não sofreu dolo ou saiu ileso?”

A resposta da psicóloga foi taxativa e fez a promotora ruborizar: “Não. E dependendo do andamento do processo os danos podem ser irreversíveis...”

(Fonte: Fórum de discussão da APASE – dezembro/2008)<sup>134</sup>

### 2.9.2 Diferença entre síndrome da alienação parental e negligência

Na tabela que segue demonstra-se a diferença entre síndrome da alienação parental e negligência, sendo que o que se encontra em caso de abuso ou descuido, não se aplica o diagnóstico de alienação parental, e no outro caso resta encontrada a síndrome da alienação parental.

<b>Crítérios</b>	<b>Caso de Abuso ou descuido</b>	<b>Caso de Síndrome da alienação parental</b>
------------------	----------------------------------	---

<sup>134</sup> SILVA, Denise Maria Perissini. **Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental**: O que é isso. 2.ed. São Paulo: Armazém do Ipê, 2011.

<p>1. As recordações dos filhos</p>	<p>O filho abusado recorda-se muito bem do que se passou com ele. Uma palavra basta para ativar muitas informações detalhadas.</p>	<p>O filho programado não viveu realmente o que o genitor afirma. Necessitam ajuda para “recordar-se” dos acontecimentos. Além disso, seus critérios têm menos credibilidade. Quando interrogados separadamente, frequentemente os filhos dão versões diferentes. Quando interrogados juntos, constata-se mais olhares entre eles do que em vítimas de abuso  (Gardner, 1985)</p>
<p>2. A lucidez do genitor</p>	<p>O genitor de um filho abusado identifica os efeitos desastrosos provocados pela destruição progressiva dos laços entre os filhos e o outro genitor, e fará tudo para reduzir os abusos e salvaguardar a relação com o genitor que abusa (ou descuida) do filho.</p>	<p>O genitor alienador não percebe.</p>
<p>3. A patologia do genitor</p>	<p>Em caso de comportamentos psicopatológicos, um</p>	<p>O genitor alienador mantém-se nos outros setores da vida</p>

	genitor que abusa de seus filhos apresenta iguais comportamentos em outros setores da vida	
4. As vítimas do abuso	Um genitor que acusa o outro de abuso contra seus filhos geralmente também o acusa de abuso contra si próprio.	Um genitor que programa seus filhos contra o outro geralmente se queixa somente do dano que o genitor alienado faz aos filhos - ainda que a reprovação contra ele não falte, já que houve separação.
5. O momento do abuso	As queixas de abuso referem-sea muito antes da separação.	A campanha de desmoralização contra o genitor alienado começa depois da separação.

Fonte: Calçada (2007) apud Denise Maria Perissini da Silva<sup>135</sup>

### 2.9.3 Consequências da alienação parental ou da síndrome para as crianças

Quando ocorre a prática da alienação parental na maioria das vezes o genitor não tem nem ideia do quanto está prejudicando psicologicamente e socialmente seu filho. São várias as consequências resultantes da alienação ou síndrome, sendo elas, de cunho social, emocional como também psicológicas. A criança por conta do alienador passa a rejeitar o outro genitor não querendo mais ter contato com ele mesmo o amando. O mais grave ainda são as acusações de abuso sexual, sendo que com o passar dos anos a criança adquire um trauma prejudicando assim todo seu

<sup>135</sup> Calçada (2007) apud Denise Maria Perissini da Silva. **Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental**: O que é isso. 2.ed. São Paulo: Armazém do Ipê, 2011. P. 80e 81

psicológico, onde mais tarde terá reflexos nos estudos com a falta de concentração, depressão, dificuldade de relacionamento com colegas, professores e com a sociedade em si, transtornos, sentimento de culpa, que com todas essas situações pode levar ao álcool, as drogas e até mesmo ao suicídio. É o que relata Roberta Palermo:

Os diagnósticos mais comuns nas vítimas de alienação são depressão, ansiedade e pânico. O estado emocional interfere na postura social, no rendimento escolar e causa baixa autoestima. Já na adolescência, eles sofrem com o sentimento de culpa e podem se envolver com álcool e drogas para amenizar a dor. Suicídios também constam entre as consequências desse processo.<sup>136</sup>

O comportamento do alienador na maioria das vezes é intencional e, quando se trata de guarda ele pode estar agindo desta forma para tem um poder de controle em questão ao filho e não porque está interessado em ficar com o mesmo, é o que aduz Douglas Phillips Freitas, "o genitor alienador pode até desinteressar-se pelo filho e fazer da luta pela guarda apenas um instrumento de poder e controle, e não um desejo de afeto e cuidado."<sup>137</sup>

Em um primeiro momento quando praticada a alienação parental, a criança acaba recusando-se a sair com o genitor alienado, criando fantasias e por conta disto tendo medo de ser maltratado.

Denegrir a imagem do genitor também é uma das consequências advindas da síndrome da alienação parental, sendo que a criança convive neste ambiente conflituoso e tem como modelo de pai/mãe o genitor guardião alienador, e com isso ela acaba excluindo um de seus pais de seu convívio.

#### **2.9.4** A mediação como alternativa para resolver o problema da alienação parental

Nos casos de alienação e síndrome da alienação parental, quando os casais usam o judiciário na maioria das vezes é para se atacarem, ou seja, não são capazes de enfrentar seus problemas, preferindo mantê-los à distancia pelo meio judiciário. É o que explana Denise Maria Perissini da Silva:

---

136 PALERMO, Roberta. **Ex-marido, pai presente**: dicas para não cair na armadilha da alienação parental. São Paulo: Mescla 2012.

137 FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental**: Comentários á Lei 12.318/2010. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.27.



Os casais utilizam-se dos recursos judiciais para atacarem um ao outro, pois não se sentem capazes de lidar com os conflitos diários da convivência íntima nem de interrompê-los, preferindo mantê-los a distância por meio do judiciário, processos judiciais e advogados.<sup>138</sup>

A mediação é uma das formas de tentar acabar ou, ao menos amenizar, o problema que começa com a avaliação dos genitores e das crianças para posteriormente dar andamento ao trabalho de mediação. Se não surtir efeitos o jeito será entrar com uma ação judicial para tentar consertar o dano causado em virtude da síndrome e da alienação.

A mediação inicia com um profissional especializado na área (o mediador) que procura estabelecer o diálogo entre as partes, fazendo com que elas criem seu próprio consenso em relação aos filhos. Ela, nada mais é do que a resolução de um conflito, não precisando ir até o judiciário resolver algo que pode ser orientado e resolvido com a ajuda de uma pessoa neutra (o mediador). De acordo com Denise Maria Perissini da Silva, a "mediação não é "fazer as pazes", a mediação não busca "fazer o acordo", mas resolver um conflito por meio da comunicação assistida viabilizada por um terceiro imparcial. "<sup>139</sup> Conforme Malvina Muszkat, Maria Oliveira, Sandra Unbehau e Suzana Muszkat, "em lugar de imputar sentenças, a mediação procura dar voz às partes em conflito, estimulando-as a encontrar as próprias soluções".<sup>140</sup>

Uma das formas de evitar a alienação parental é também contar com a ajuda de familiares, nova namorada (o) e ou esposa (o), sendo que a opinião desses é oportuna e eles podem colaborar ajudando a encontrar atitudes que façam a diferença. É o que diz Roberta Palermo:

Para ajudá-lo a não demonstrar o despreparo, o que abriria espaço para a ação alienadora, familiares e a nova namorada e

---

138 SILVA, Denise Maria Perissini. **Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental**: O que é isso. 2.ed. São Paulo: Armazém do Ipê, 2011, p.92.

139 SILVA, Denise Maria Perissini. **Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental**: O que é isso. 2.ed. São Paulo: Armazém do Ipê, 2011, p.147.

140 MUSZKAT, Suzana, MUSZKAT E. Malvina, Oliveira, Maria Coleta. UNBEHAUM, Sandra. **Mediação familiar transdisciplinar**: Uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero. São Paulo: Summus, 2008, p.21.

ou esposa podem colaborar para encontrar uma atitude que seja responsável, decisiva e faça a diferença.<sup>141</sup>

A falta de entendimento entre os genitores gera conflitos que dificulta ainda mais a relação entre pais e filhos.<sup>142</sup> A guarda compartilhada como comentada em capítulos anteriores também é uma forma de tentar evitar a alienação parental. Sendo assim, os genitores podem tomar decisões juntos acerca do filho, mas se existe conflito entre eles a melhor forma é escolher a guarda unilateral.

### 3- ENVOLVIDOS NA ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental e a síndrome da alienação parental não acontecem somente com o fim do relacionamento afetivo, e sim, em várias situações além do casamento. Neste capítulo trataremos, justamente, de situações em que a alienação parental pode ser perpetrada. Abordaremos a seguir, a alienação parental no casamento, aquela feita pelos avós, pelos namorados, pelas crianças e pelos idosos.

#### 3.1 Casamento

Quando se trata de casamento<sup>143</sup> o alienador nem sempre age conscientemente na prática da alienação parental. Dessa forma, há o prejuízo no fortalecimento dos laços entre os filhos e um dos genitores. No casamento a alienação pode aparecer, por exemplo, quando a mãe deixa de dormir com o marido para dormir com a criança com a justificativa de que ela chora e irá atrapalhar o sono do companheiro. Delma Silveira Ibias destaca que a alienação em muitas vezes acontece até antes do parto e a maior alienadora é a mãe.<sup>144</sup>

Outro tipo de alienação parental é quando, em um casal, independentemente da orientação sexual, um quer ter mais poder que o outro sobre a criança, sendo que os dois devem assumir o mesmo papel em relação ao cuidado e educação dos filhos. Nesses casos, um dos pais quer atender exclusivamente o filho com a justificativa de que o outro não tem tempo ou que não tem habilidade para atendê-los adequadamente. Outra possibilidade é organizar atividades de lazer com o filho e excluir o outro genitor. São várias as formas de alienação parental relacionadas a vários

---

<sup>141</sup> PALERMO, Roberta. **Ex-marido, pai presente**: dicas para não cair na armadilha da alienação parental. São Paulo: Mescla 2012.

<sup>142</sup> GOMES, Jocélia Lima Puchpon. **Síndrome da Alienação Parental**: O bullying familiar. 1 ed. São Paulo: Imperium, 2014, p.34.

<sup>143</sup> IBDFAM – **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Notícias. Disponível em: [www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br). Acesso em: 24.10.2014.

<sup>144</sup> Utiliza-se o termo casamento, mas estende-se a outras formas de união como a união estável.

tipos de famílias sendo que a prática alienante depende da conduta de alguém interferir negativamente no psicológico da criança.

Acontecem, também, casos de alienação parental entre o padrasto e a madrasta ou o novo namorado e namorada onde o papel do alienador é fixar na cabeça da criança ou do adolescente que o novo companheiro (a) não é a pessoa ideal para estar junto a seu pai, ou também, o novo companheiro (a) inconformado com o valor da pensão ou até porque não gosta da criança acaba praticando a alienação parental contra pai e filho. Ou ainda, argumenta que o novo companheiro do pai ou da mãe efetivamente representa o papel de pai e/ou mãe. Vale lembrar, que por mais que a criança goste do novo companheiro (a), o dever de educar é dos pais que tem papéis diferentes dos padrasto/madrasta na relação com as crianças.

Pode existir a alienação parental dos pais, apoiada com a ajuda do padrasto e da madrasta, colocando em jogo passeios e atividades inaceitáveis, fazendo com que a criança tenha que escolher entre atividades a serem realizadas na companhia do alienador ou do pai e/ou mãe. É o que descreve Roberta Palermo:

Se perguntasse a essa criança se ela preferiria ir de helicóptero ao clube de campo para pescar com o padrasto ou ir a pé comer pastel na feira com o pai, ela responderia o segundo passeio, mas não poderia assumir sua vontade por questão de sobrevivência. É para a casa do padrasto que a criança voltará depois e não poderá correr o risco de viver em um lar em que ela provocou a desarmonia. Então, a criança ala, escreve e desenha o que o padrasto e a mãe querem ver e ouvir.<sup>145</sup>

A alienação parental no casamento pode ocorrer também de uma forma em que o alienante supervalorize suas responsabilidades em virtude do outro genitor, ou seja, é o caso de famílias em que existe o "pátrio poder" o pai tem mais poder da criança do que a mãe.

### 3.2 Avós

Vale lembrar que existe também uma forma de alienação onde o pai/mãe repudia a criança para não gostar e não ter vínculos com os avós. É o que se vê no julgado abaixo, onde a mãe tangencia uma situação de alienação parental entre os

---

<sup>145</sup> PALERMO, Roberta. **Ex-marido, pai presente:** dicas para não cair na armadilha da alienação parental. São Paulo: Mescla 2012.

avós e a criança, sendo que o convívio entre avós e netos é necessário para preservar os vínculos afetivos, descabendo assim a resistência da mãe em alterar a visitação da criança:

**Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. AVÓ MATERNA. INTERESSE DA CRIANÇA. 1. O convívio da criança com os **avós** é, em regra, saudável e, no caso, é até necessário para preservar os vínculos afetivos com avó materna. 2. Se o sistema de visitação está regulado de forma a atender o interesse e as conveniências da infante, sem prejudicar o convívio com a genitora, de forma a estabelecer um vínculo saudável com a avó, mostra-se totalmente descabida a resistência da mãe, que tangencia uma situação de **alienação parental**. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70058328808, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/01/2014)146

Ao contrário do que se vê no agravo de instrumento acima, pode existir alienação parental por parte dos avós pais do guardião que detém a guarda, que por conta do maior convívio com o neto, acabam então denegrindo e criando falsas memórias na criança fazendo com que ela repudie o guardião que não detém a guarda e também seus avós, pai deste. É o que se pode observar no caso abaixo:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. MÃE FALECIDA. GUARDA DISPUTADA PELO PAI E **AVÓS** MATERNOS. SÍNDROME DE **ALIENAÇÃO PARENTAL** DESENCADEADA PELOS **AVÓS**. DEFERIMENTO DA GUARDA AO PAI. 1. Não merece reparos a sentença que, após o falecimento da mãe, deferiu a guarda da criança ao pai, que demonstra reunir todas as condições necessárias para proporcionar a filha um ambiente familiar com amor e limites, necessários ao seu saudável crescimento. 2. A tentativa de invalidar a figura paterna, geradora da síndrome de **alienação parental**, só milita em desfavor da criança e pode ensejar, caso persista, suspensão das visitas ao **avós**, a ser

---

146 RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo nº 70 058328808**. Agravante: L.M.S. Agravado: L.M.S.A. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre: RS. 30 de janeiro de 2014. Disponível em [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br). Acesso em 31. Out. 2014.

postulada em processo próprio. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70017390972, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/06/2007)147

Na ementa apresentada acima, resta demonstrado a figura de alienação parental exercida pelos avós maternos, que com o falecimento da mãe a guarda foi deferida ao pai, onde o mesmo trouxe ao processo todas as condições necessárias para mostrar que pode proporcionar um ambiente saudável no crescimento da sua filha.

### 3.3 Namorados

Não restam dúvidas que existe também a alienação parental de namorados ou ex-namorados, sendo que na primeira ela pode ocorrer quando o casal briga e com isso uma das partes acaba jogando o parceiro contra seus pais e também, fazendo a alienação contra a sogra (o), falando mal e repudiando a mesma para seu parceiro. Já a alienação parental entre ex-namorados ocorre da mesma forma que é praticada entre casais separados, o que muda é só o laço conjugal.

### 3.4 Crianças

Dentre todas as formas apresentadas de alienação parental existe também a alienação parental cometida entre crianças, sendo que essa na maioria dos casos não é detectada pelos pais.

A alienação parental envolvendo crianças ocorre de uma forma em que para ter amizade exclusiva a criança alienante acaba denegrindo a imagem da outra perante seus colegas, então os pais brigam com as mesmas e não param para pensar que isso não deixa de ser configurado como alienação parental.

### 3.5 Alienação parental de Idoso

A alienação parental contra os idosos pode ser observada quando os mesmos são impedidos de ter contato com seus filhos e parentes, sendo que na maioria das vezes eles têm duas famílias e por vez o cuidador acaba impedindo o contato desses com seus filhos do outro casamento, e também querem ter um controle de sua vida. O alienador pode ser também, o filho ou responsável que atende o idoso e administra

---

147 RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 70 70017390972**. Apelante: A.S. e M.O.P.S Apelado: E.A.L.C. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre: RS. 13 de junho de 2007. Disponível em [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br). Acesso em 04. Nov. 2014.

sua renda e seus bens por temer que essa administração possa ser tirada ou dividida com outros, caso haja muita convivência.

Vale lembrar que não existe legislação específica que reconheça a alienação parental de filhos contra seus pais, então pode ser usada por analogia a lei da alienação parental. Conforme depoimento ao site Midia Jur de Cuiabá, a juíza da 1ª vara de família e sucessões entende que a lei da alienação parental pode ser aplicada aos idosos, e conforme a mesma, “a possibilidade de aplicação da lei é uma postura legal e principiológica”.<sup>148</sup>

O art. 2º do estatuto do idoso refere-se à proteção integral do idoso e, aduz que o mesmo goza de todos os direitos fundamentais sem qualquer prejuízo:

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.<sup>149</sup>

Já o art. 3º do estatuto, traz a garantia da prioridade, a obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público dos seus direitos, bem como os direitos do idoso<sup>150</sup>.

---

148 GIMENEZ, Angêla. **Juíza entende que lei pode ser aplicada a idoso**. In: **Midia Jur**. Cuiabá, MT. Disponível em: <http://midiajur.com.br/conteudo.php?sid=231&cid=12077>. Acesso em: 04. Nov.2014

149 Lei Nº10.741. DE 01 DE OUTUBRO DE 2003. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2014.

150 É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;
- II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;
- III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;
- IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;
- V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento

Ainda os arts. 229 e 230 da CF declaram o direito à velhice:

Art. 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e **os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.**

Art. 230 - **A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas**, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Com a chegada da velhice o idoso fica mais vulnerável propiciando a prática da alienação parental, e com isso, o alienador toma conta da situação, prejudicando cada vez mais o convívio do idoso com pessoas que mantêm vínculo afetivo. Por este motivo, entende-se ser cabível a aplicação da Lei nº . 12.318/2010 nesses casos.

## CONCLUSÃO

A Lei nº 12.318 trata da Alienação Parental e foi aprovada no dia 26 de agosto de 2010, a qual prevê medidas que vão desde o acompanhamento psicológico, à aplicação de multa ou até mesmo a perda da guarda da criança por aquele genitor ou outro ente próximo que estiver cometendo a prática da alienação.

Com base no que foi apresentado pode-se concluir que a alienação parental nada mais é do que a intenção dos pais, avós, crianças, namorados entre outros em denegrir e destruir a imagem de outrem para que esse passe a ser repudiado. A síndrome da alienação parental, por sua vez, é a consequência já implantada na pessoa quando passa então a ter comportamentos diferentes com aquela que foi alienada.

Dentre as várias formas relatadas pode-se observar que a alienação e a síndrome da alienação parental não estão ligadas somente ao rompimento das relações conjugais. Observa-se esse comportamento também durante o casamento, entre

---

asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; VI — capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;

VII — estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;

VIII — garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais. IX — prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda.

casais de namorados e ex-namorados, entre os idosos, entre as crianças e diversas formas do dia a dia que na maioria das vezes nem sempre é detectada.

Quando é tratada no divórcio, na maioria das vezes a alienação é intencional, sendo que com o fim do casamento muitos não aceitam e acabam usando a criança como arma para se vingar do ex-cônjuge, não se dando por conta que a maior prejudicada com isso é a criança.

Não é fácil a detecção da alienação e síndrome da alienação parental, sendo que por conta disso a lei fixa como requisito necessário para a perícia, o conhecimento do perito. Será com sua ajuda a descoberta ou não da síndrome da alienação parental, neste caso, apresentamos a mediação como solução deste conflito para não precisar chegar até o judiciário.

Várias são as consequências de alienação parental, sendo que as mais dramáticas é o baixo rendimento escolar, o trauma psicológico e também social que por conta disso levam a síndrome da alienação parental.

Foram feitas uma análise jurisprudencial acerca do assunto, explanando como o poder judiciário se posiciona diante do caso apresentado. Foram feitos alguns apontamentos importantes dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando, nesta linha, mostrar os direitos das crianças e no Estatuto do Idoso também buscando mostrar como ele deve ser protegido.

A partir deste trabalho verifica-se que a dificuldade na aplicação da lei é em função do não reconhecimento do comportamento alienante e também por ser utilizada para atingir a outra parte com acusações sem fundamento, o que sobrecarrega o judiciário demorando para atender os casos realmente relevantes.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. **Lei nº 10.741/2003**. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 04.11.2014.

BRASIL. **Lei nº 12.318/2010**. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 26.08.2014.



DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira e Georgios Alexandridis. **Alienação Parental**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Síndrome da alienação parental In: **Revista de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 40, fev./mar. 2007.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental: Comentários á Lei 12.318/2010**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GARDNER, Richard. **Síndrome da Alienação Parental**. Disponível em: [www.alienacaoparental.com.br](http://www.alienacaoparental.com.br). Acesso em 17.04.2014.

GIMENEZ, Angêla. **Juíza entende que lei pode ser aplicada a idoso**. In: **Mídia Jur.** Cuiába, MT. Disponível em: <http://midiajur.com.br/conteudo.php?sid=231&cid=12077>. Acesso em: 04. Nov.2014

GOMES, Jocélia Lima Puchpon. **Síndrome da Alienação Parental: o bullying familiar**. 1 ed. São Paulo: Imperium, 2014.

IBDFAM — Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Notícias**. Disponível em: [www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br). Acesso em: 24 out. 2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MUSZKAT, Suzana, MUSZKAT E. Malvina, Oliveira, Maria Coleta. UNBEHAUM, Sandra. **Mediação familiar transdisciplinar: Uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero**. São Paulo: Summus, 2008.

PALERMO, Roberta. **Ex-Marido, pai presente: Dicas para não cair na armadilha da alienação parental**. São Paulo: Mescla 2012.

RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão nº 70054794888**. Agravante: F.B. Agravado: G.A.C. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre: RS. 28 de agosto de 2013. Disponível em [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br). Acesso em 29. Out. 2014.

RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão nº 70060160686**. Agravante: C.R.P. Agravado: M.V. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre: RS. 11 de setembro de 2014. Disponível em: [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br). Acesso em 28. Set. 2014.

RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão nº 70057987042**. Agravante: L.S.G. Agravado: I.A. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre: RS. 17 Set. 2013. Disponível em: [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br). Acesso em 28. Set. 2014

RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão nº 70060325677**. Agravante: V.N.K. Agravado: B.D.Z. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre: RS. 25 de julho de 2014. Disponível em [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br). Acesso em 06. Out. 2014.

RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão nº 70055911432**. Apelante: P.C.S. APELADO: G.O.L. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre: RS. 29 de janeiro de 2014. Disponível em [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br). Acesso em 06. Out. 2014

RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo nº 70058328808**. Agravante: L.M.S. Agravado: L.M.S.A. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre: RS. 30 de janeiro de 2014. Disponível em [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br). Acesso em 31. Out. 2014.

RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 7070017390972**. Apelante: A.S. e M.O.P.S Apelado: E.A.L.C. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre: RS. 13 de junho de 2007. Disponível em [www.tjrs.com.br](http://www.tjrs.com.br). Acesso em 04. Nov. 2014.

SILVA, Denise Maria Perissini. **Mediação e Guarda Compartilhada: Conquistas para a Família**. São Paulo: Armazém do Ipê, 2011.

#### ANEXO

#### 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.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a alienação parental.

Art. 2º 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.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, 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.

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.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua

convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

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.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do 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 genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua

inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. (VETADO)

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 26 de agosto de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DASILVA

*Luiz Paulo Teles Ferreira  
Barreto Paulo de Tarso  
Vannuchi*

*José Gomes Temporão*

Este texto não substitui o publicado no DOU de 27.8.2010 e retificado no DOU de 31.8.2010

## A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO LIVRO ELETRÔNICO

**EDUARDO FILIPO DE ALMEIDA:**

Bacharel em Direito pela Universidade  
Luterana do Brasil - ULBRA

**RESUMO:** Dispõe sobre o grau de imunidade tributária da caderneta prevista no art. 150, VI, 'd' da Constituição Federal de 1988 no livro eletrônico. Indica métodos e princípios hermenêuticos. Mostra a importância de analisar os fatos e as mudanças sociais como elementos interpretativos essenciais, desde que atuem como fatores de atualização da ordem. Distingue o poder tributário da autoridade tributária. Define a imunidade tributária como competência negativa e destaca os aspectos que a distinguem da isenção. Analisa as metas de imunidade tributária do livro, revela os valores protegidos pela norma vacinal e mostra seu desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro. Apresenta o livro como um veículo que transmite pensamentos. Ele destaca a nova realidade social. É discutido o entendimento atual da Justiça Federal sobre a imunidade tributária dos e-books.

**PALAVRA-CHAVE:** Imunidade Tributária do Livro Eletrônico. Livro como veículo transmissor de pensamento. Interpretação evolutiva.

### 1. INTRODUÇÃO

Acompanhando os avanços tecnológicos, os livros, meios de transmissão de informação e difusão da cultura por excelência, que desde a invenção da imprensa por Gutenberg, tiveram o papel como principal suporte físico, passaram a ser transmitidos por outros meios, como os disquetes. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a constituinte, repetindo a disposição existente nas Constituições de 1967 e 1969, fixou a imunidade fiscal dos livros, jornais, periódicos e do papel destinado à impressão desses bens. A instituição da imunidade em questão limitou a competência dos contribuintes sobre os veículos de transmissão do pensamento por excelência, garantindo a todos, brasileiros e estrangeiros, a liberdade de expressão do pensamento e da atividade intelectual, artística, científica e social. 150, VI, 'd' da CRFB, não apresentou grandes problemas, quando foi interpretada, no momento da redação, visto que, naquela época, a maioria dos livros tinha a função de veículo, portanto não há razão para questionar o possível escopo da norma.

Talvez as gerações futuras não conheçam o livro de papel, não é difícil imaginar isso acontecendo, já que muitas escolas vêm substituindo os livros didáticos por livros eletrônicos, que são gerenciados por alunos, por meio de tablets. Os livros eletrônicos vêm ganhando espaço, pois se adaptam melhor ao novo estilo de vida do século 21, onde agilidade e praticidade são essenciais. Além disso, esses livros trazem outras vantagens como, por exemplo, comodidade na compra, agilidade no manuseio, economia de espaço

físico, além de contribuir para a conscientização na proteção do meio ambiente. Com base nessa nova realidade factual, pretendemos analisar o alcance da imunidade tributária do livro, incluída no art.º 150, VI, 'd' da Constituição Federal, contribuindo assim para o debate sobre a relação do instituto com o livro eletrônico. A pesquisa caracteriza-se por ser documental e bibliográfica, levando em consideração a consulta a fontes legislativas e jurisprudenciais, bem como doutrinas, artigos científicos e revistas especializadas. Tendo em vista que o objetivo deste estudo é determinar o alcance da norma de imunidade do art.º O segundo capítulo trata do instituto da imunidade tributária, diferenciando-o do instituto da isenção e conceituando-o como uma limitação à competência tributária das Entidades Federais, que visa preservar valores considerados fundamentais ao ordenamento jurídico.

No capítulo final, foi discutida a imunidade tributária dos livros eletrônicos, por meio da análise da finalidade da referida imunidade e da evolução do conceito do livro ao longo dos séculos, utilizando os diferentes métodos hermenêuticos, que são gramaticais, teleológico, sistemático, interpretação histórica e evolutiva.

## **2. A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO LIVRO ELETRÔNICO**

### **2.1 A Imunidade Tributária do Livro**

Refira-se que a isenção fiscal deste dispositivo visa salvaguardar a democracia e a dignidade humana, garantir a liberdade de pensamento, de divulgação e de imprensa, bem como a livre divulgação da cultura, e em última instância constituir um verdadeiro país educacional para os cidadãos. A amplitude deste artigo faz sentido, porque a liberdade de pensamento é um dos pilares da democracia e do sistema legal, e todos os direitos básicos fluem dela de alguma forma. É por isso que a liberdade de pensamento está em nossa ordem e abrange todas as formas de comunicação. Portanto, verifica-se que a liberdade de expressão e a disseminação de ideias são essenciais para a democracia, pois promovem a discussão e possibilitam debates políticos não críticos e a formação da opinião pública, essenciais para o desenvolvimento dos regimes.

Afinal, a liberdade de expressão de pensamento permite que a cultura se espalhe, e a cultura, por sua vez, promove a educação, e a educação promove diretamente a compreensão das pessoas sobre o papel dos cidadãos. " 150, VI, 'd "ao mesmo tempo em que garante a liberdade de pensamento e todos os demais direitos já mencionados, também impede a censura. Portanto, pode-se determinar que, se não houver restrição, ela pode ser usada para perceber a liberdade. Certo é que o imposto pode ser meio eficiente de suprimir ou embaraçar a liberdade de manifestação de pensamento, a crítica dos governos e homens públicos, enfim, de direitos que não são apenas individuais, mas indispensáveis à pureza do regime democrático.

O primeiro é proteger a liberdade de expressão e pensamento, a difusão da cultura e da educação, a proteção da dignidade humana ou, em outras palavras, a proteção de nossas vidas. Valores essenciais para a democracia e o Estado de direito. Na redação da Carta Magna, os elementos foram escolhidos apenas para um ou outro insumo, pois naquela época essa era a principal forma de divulgação das ideias. Portanto, ao interpretar os métodos acima, o executor não deve apenas usar o significado literal do artigo, mas também às custas de prejudicar sua finalidade.

## **2. 1. 1 Evolução da isenção tributária dos livros no ordenamento jurídico brasileiro**

Entende-se que a primeira constituição brasileira destinada a proteger a liberdade de expressão da tributação para fins de isenção tributária foi a constituição de 1934, que se conforma ao seu art. O artigo 133, parágrafo 36, dispõe que 'isenção tributária« registra a profissão de 'escritor direto, jornalista ou professor». Embora os regulamentos acima não proibam a tributação de instrumentos de comunicação como livros, jornais e periódicos, as cláusulas acima `` são o protótipo da isenção, que visa proteger a liberdade de a imprensa, ideias e expressões, direitos de uso livre e outros conhecimentos e cultura valiosos. Por outro lado, além do fato de a Constituição de 1937 não ter inovado nessa questão, ela está aquém das disposições anteriores da Constituição.

A Constituição de 1946 restaurou a democracia e o Estado de Direito em nosso país a esse respeito e estipulou claramente em seu artigo 31, inciso V, «c», que a União, o Estado, o governo regional federal e o município preveem o uso exclusivo de jornais impressos, periódicos e papel livro« são tributados. Ressalte-se que a 'Carta Política« de 1946 estabelecia a proibição da tributação apenas sobre o papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos, pelo que é certo que os produtos considerados isoladamente não estão sujeitos a isenção, mesmo que originalmente utilizados O papel utilizado para imprimir livros, jornais e periódicos não é afetado, mas os próprios livros são considerados produtos finais. Esse fato faz sentido, pois, na época, as informações eram veiculadas principalmente por meio de jornais, livros e periódicos, e os jornais, livros e periódicos eram publicados em papel. Algum tempo depois, foi publicada a Constituição de 1967.

O artigo 20, parágrafo 3, 'd« afirma claramente que é proibida a cobrança de impostos sobre 'livros, jornais e revistas e papéis destinados à impressão«. Portanto, pode-se observar que a Constituição de 1967, ao menos oficialmente, ampliou o âmbito de atuação da comunidade em questão, pois não só estendeu seu manto ao papel veicular utilizado para impressão de ferramentas reflexivas, mas também para produtos acabados e produtos acabados, ou nomeadamente livros, jornais e publicações periódicas. A Constituição de 1988 marcou a transição de uma ditadura para um regime democrático, trouxe, é claro, muitas garantias e direitos sociais fundamentais, e garantiu a liberdade de expressão e liberdade política em vários parágrafos de seu texto. Conforme afirma Ives Gandra da Silva Martins, trata-se da abreviatura do volume 150, VI, 'd«, por isso



estenderá de forma explícita e inquestionável a isenção tributária para e-books, e eu não fiz isso.

O artigo 150 da CRFB, inciso VI', abrange os livros eletrônicos e tornou-se a norma para aqueles que acreditam que a isenção tributária prevista na Constituição não se aplica aos livros eletrônicos. Esse é o entendimento de Ricardo Alexandre, que defendeu em seu curso 'Direito Tributário» que a isenção dos referidos equipamentos se limita aos livros impressos, pois o componente original é Quando a formulação da constituição, a possibilidade de valorizar os projetos que estendem a imunidade a outros meios de difusão da cultura« e optou deliberadamente por não o fazer.

## **2. 2 Este livro é uma ferramenta para disseminar ideias**

O artigo 150 VI da CRFB define livro. Embora durante a maior parte do século passado este livro tenha sido entendido como um conjunto de páginas coladas, costuradas ou encadernadas, que continham informações de natureza literária ou científica, como veremos, este conceito não aparece. A definição de um objeto livro deve ser baseada em seus elementos básicos, ou seja, deve ser conceituada a partir de uma compreensão das características do objeto livro, caso contrário, o livro perderá seu valor e será entendido como livro. Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo ensinam que para entender o que é um livro é preciso buscar a sua essência, e que depois de isolar esses elementos essenciais 'tudo o mais será acidental' e - você pode mude perfeitamente sem o objeto ser um livro um.

Nesse contexto, o tecido vegetal e, posteriormente, o papiro, o pergaminho e o papel surgiram como matéria-prima para a escrita. Observa-se, portanto, que o papel não é um elemento essencial do livro, pois muito antes de ele existir, o homem já transmitia seu pensamento por meio da escrita. Não se pode afirmar que o conhecimento escrito, que trata da ciência ou da cultura, registrado no império, na época do Egito Antigo, é um livro. Ao contrário da crença popular, o papel não foi imediatamente aceito como a melhor matéria-prima para a escrita, pois quando chegou da China no século XIV, alguns reis proibiram seu uso, já que seu material durava menos que o pergaminho, usado naquele momento, e foi facilmente quebrado.

O papel ganhou importância como suporte do livro somente após ser aperfeiçoado pelos italianos e, principalmente, após a invenção da imprensa por Gutenberg, que revolucionou a história do livro e o transformou no veículo, por excelência, da ciência e da cultura. Com o avanço tecnológico, o livro, que desde a invenção da imprensa escrita tinha encontrado sua principal matéria-prima no papel, passou a ser veiculado por outros meios físicos, como disquetes, CD-ROMs, leitores eletrônicos e até por downloads feitos pela Internet. Essas mídias eletrônicas com o mesmo conteúdo do livro impresso foram

chamadas de livros eletrônicos. O livro eletrônico é o chamado —livro digital, ou seja, é um produto de mesmo conteúdo de um livro de papel, todavia, com possibilidade de interação pelo usuário em diversos meios digitais.

Mas em decorrência da funcionalidade, não se pode dizer que não seja livro, pois o modo de organização das ideias não é relevante para a sua caracterização. Como ensina Hugo de Brito Machado Segundo em seu artigo 'Imunidade tributária e livros eletrônicos', ainda em circulação, o livro não foi o único objeto que sofreu transformações nos últimos treze anos. Ora, se assim fosse, poderíamos dizer que um caderno escolar encadernado, com páginas em branco, é um livro, estando, portanto, amparado pela imunidade tributária, desde o art. « 150, VI, 'd» não faz reservas sobre o livro em branco ou os dados do livro, por exemplo.

A este respeito, Ives Gandra da Silva Martins afirma que quando o constituinte determina que 'livros, jornais, periódicos e o papel destinado à impressão' ficarão imunes, não significa que apenas livros, jornais e as revistas impressas em papel ficarão imunes. Segundo o referido doutrinador, a referência ao papel de entrada na extremidade do dispositivo significa que não é qualquer papel imune, mas apenas o papel destinado à fabricação de jornais e revistas. «Na interpretação de um imunizante, deve-se observar não só sua qualidade, mas também sua finalidade, razão pela qual o livro tem sido entendido como veículo de transmissão de ideias, pois este é seu elemento essencial e aspecto dos livros escritos por mais de os séculos, seja em tecido, papiro, pergaminho, papel ou mídia eletrônica e magnética.

A palavra livro está empregada no Texto Constitucional não no sentido restrito de conjunto de folhas de papel impressa, encadernada com capa, mas, sim, no de veículo de pensamentos, isto é, de meios de difusão da cultura. Nem nos albores do Renascimento, na chamada era Gutenberg, quando os livros eram impressos tendo por base material o papel. No mesmo sentido, é a lição de Hugo de Brito Machado, para quem o livro é utilizado na arte. Diante do exposto, podemos concluir que o livro eletrônico é um veículo de transmissão do pensamento por excelência, que contém o mesmo conteúdo que o livro impresso em papel, é um livro e, portanto, está protegido pela cobertura tributária.

## **2. 2. 1 Diferença entre e-books e tablets**

Vimos que o elemento essencial do livro é o seu conteúdo e a sua função de transmissor do pensamento e difusor da cultura, pelo que o seu suporte físico não o caracteriza, tendo mesmo mudado várias vezes ao longo da história. Os tablets permitem o acesso às livrarias eletrônicas e o download de livros, que serão lidos no dispositivo em questão, que será o suporte físico do livro baixado. Não acreditamos que a imunidade tributária do livro se estenda aos tablets, pois embora esses dispositivos sejam um meio

físico dos livros neles contidos, os livros e os tablets, ao contrário dos livros gravados em CD-ROM, por exemplo, não eles são inseparáveis. Assim como o papel em branco, que pode servir a muitos propósitos, não é considerado um livro e não está protegido pela imunidade, não parece razoável considerar um tablet como um livro eletrônico.

Nesse caso, o imune é o livro, o arquivo PDF adquirido na loja eletrônica, por meio do tablet, porque o fato de o livro ser um arquivo, uma espécie de software, não diminui seu valor.

### **2. 3 O âmbito da imunidade fiscal do art. 150, VI, d, da Constituição Federal**

A interpretação de uma norma não pode ser feita a partir de um único método ou de um único processo de interpretação, pois não existe um método infalível capaz de determinar o escopo da norma. Assim, os diferentes métodos, nomeadamente gramaticais, históricos, sistemáticos, teleológicos e evolutivos, devem ser tidos em consideração na interpretação do formato. Ao longo deste capítulo, já cobrimos alguns desses métodos, portanto, apresentaremos apenas um breve resumo das idéias apresentadas até agora. Pelo método gramatical, o intérprete deve buscar o conteúdo semântico das palavras que compõem o padrão.

A interpretação sistemática analisa a norma do ponto de vista da unidade jurídica, o que significa que a norma jurídica deve obedecer a todo o sistema, em particular aos princípios constitucionais. Dada a sistemática, é imprescindível reconhecer que a imunidade tributária do chamado livro eletrônico está de acordo com o ordenamento jurídico estabelecido, uma vez que privilegia os princípios consagrados na Carta Magna, conforme já enunciados. A interpretação propositiva, por sua vez, afirma que a norma legal deve ser aplicada, levando-se em consideração sua finalidade. Por fim, existem os métodos de interpretação histórica e evolutiva, segundo os quais a regra deve ser analisada de acordo com a vontade do legislador histórico e a realidade social instituída, o que muitas vezes implica uma atualização por parte do intérprete.

Sobre esses dois últimos métodos, faremos uma análise mais detalhada nas seções seguintes.

#### **2. 3. 1 O livro eletrônico e a interpretação evolucionária**

Assim, no que se refere à nova realidade social, o fato de a concedente não ter determinado expressamente que o livro eletrônico é imune não impede o reconhecimento dessa imunidade, uma vez que seu objetivo era proteger o livro, como veículo de transmissão de pensamento. Na época da promulgação da atual Constituição, a diretora não tinha como prever a dimensão que a tecnologia da informação ganharia na mídia

moderna. O eleitor não tinha como prever que hoje o indivíduo acessaria, pela Internet, uma livraria virtual e compraria um livro que ficaria armazenado em seu computador ou tablet, sem nunca precisar ser impresso.

Muito menos poderia imaginar o legislador refletindo sobre assuntos referentes ao campo computacional. Ele, como qualquer outro cidadão, não imaginava que essa ciência tecnológica um dia teria tal importância para vir a ser tutelada pelo Direito. Os e-books apresentam inúmeras vantagens, como economia de espaço, facilidade de consulta e conservação, maior interação com o leitor, graças ao recurso hiper linkado, além de contribuir para a conscientização da preservação do o ambiente. «Atento a essa nova realidade, o Supremo Tribunal Federal foi recentemente obrigado a flexibilizar o conceito de mercadoria, que passou a abranger não só os bens tangíveis, mas também os intangíveis, o que possibilitou, no caso referido, a 'impacto do ICMS - sobre software adquirido por transferência eletrônica de dados.

Nelson Jobim, entendeu-se que o ICMS pode incidir sobre softwares adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados, e reputou-se constitucional, em princípio, o art. Diante do trecho transcrito, observa-se que o Supremo Tribunal Federal não só ampliou o conceito de bem, que sempre esteve vinculado a bens móveis e tangíveis, mas também afirmou expressamente que no caso de software, seu conteúdo substitui o valor do seu meio físico, no caso do CD ou DVD. Esse entendimento é consistente com a evolução da interpretação que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de atualizar as normas constitucionais e preservar a eficácia da Constituição. Porém, se a interpretação evolutiva foi utilizada pela Justiça Federal para ampliar o conceito de mercadoria, ao adequar essa definição à nova realidade, o Office Excel do, com o mesmo motivo e mesma base, deveria reconhecer a imunidade tributária.

Livros eletrônicos, que, como já foi mencionado, é um livro. No entanto, esse entendimento não se encontra na jurisprudência do STF que, ao contrário da lógica deste trabalho, ao analisar a imunidade tributária dos livros eletrônicos, insistia em reproduzir julgamentos antigos, segundo os quais a imunidade tributária do art. 150, VI, 'd« do CFRB, concedido a livros, jornais e periódicos não abrangeria outros insumos que não os incluídos no significado do termo 'papel para impressão». Ao contrário do que sugere o fundamento supracitado, a discussão sobre a tributação dos livros eletrônicos, ora abordada, não põe em causa se a imunidade abrange outros insumos necessários à fabricação do livro, como aquela tinta e maquinário.

O que se quer é o reconhecimento do livro eletrônico como livro. O facto de o livro ser publicado em CD-ROM, em DVD ou descarregado da Internet não o priva da sua qualidade de livro, de transmissor de pensamento. Tal pergunta parece ser de grande relevância, principalmente quando se leva em consideração o espaço cada vez maior que esses livros ocupam no dia a dia das pessoas. Negar-lhes imunidade é retirar a eficácia do

dispositivo constitucional e, em última instância, entender que o meio físico se sobrepõe ao conteúdo do livro, o que seria totalmente inconcebível, tendo em vista a sentença transcrita.676 / RJ, que examinará se a imunidade do art.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As regras constitucionais devem ser interpretadas de forma a preservar sua eficácia e harmonizar seus valores. Portanto, ao analisar as regras, o aplicador deve examinar não apenas a ordem jurídica, mas também as realidades sociais.

Atualmente, considerar os fatos e as mudanças sociais é essencial para determinar a extensão e a importância do estado de direito para permitir que a lei seja atualizada e mantenha sua eficácia social.

Essa nova perspectiva, entretanto, não significou o abandono dos antigos métodos hermenêuticos, que ainda são importantes para a exegese do Estado de Direito.

Portanto, ao interpretar uma disposição legal, a polícia deve utilizar não apenas os métodos tradicionais, nomeadamente gramaticais, teleológicos, sistemáticos e históricos, mas também o método evolutivo de engessamento da ordem jurídica.

Imunidades são normas constitucionais que limitam a capacidade tributária de pacientes políticos e visam defender valores essenciais à dignidade humana e ao Estado democrático de direito. Portanto, eles devem ser interpretados de acordo com a realidade social proposta, a fim de estender os direitos e os direitos nunca serem limitados. Após localizar essas premissas, deve-se analisar a imunidade tributária dos e-books.

Embora o Supremo Tribunal Federal e alguns doutrinários insistam na tese de que a imunidade tributária está prevista no art. 150, VI, 'd' da CRFB seria limitado a livros impressos em papel. Acreditamos que este não seja o melhor entendimento da referida imunidade, pois não privilegia a finalidade da norma, nem o contexto social e econômico em que vivemos.

A imunidade de livros, jornais e revistas prevista na Constituição Federal de 1988 protege a democracia e a dignidade humana, garantindo a liberdade de pensamento, comunicação e imprensa, bem como a livre difusão da cultura e, em última instância, da cultura. a educação dos cidadãos que constituem esta nação.

Afirma-se, portanto, que o referido dispositivo estende o manto de imunidade tributária aos veículos de distribuição do pensamento para proteger os valores garantidos às pessoas físicas por meio da ordem jurídica e impedir que governo e pessoas públicas utilizem a instituição jurídica. Censura de tributação dos cidadãos.

Deve-se notar também que o elemento essencial do livro não é o seu suporte material, que sofreu várias modificações ao longo dos séculos em função da adequação e do desenvolvimento tecnológico das sociedades.

O livro é o meio último de transmitir pensamentos e é precisamente esse aspecto que o distingue. O fato de ser escrito em papel, tecido ou armazenado em CD ou DVD não o diminui.

A explicação acima é fundamental para a análise da pendência, visto que o art. 150, VI, 'd' da CRFB afirma explicitamente que a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal não podem arrecadar impostos sobre 'livros, jornais, revistas e papéis destinados à impressão'.

Cumpra esclarecer que a única limitação feita por parte do artigo transcrito é no papel e não no livro. Embora um livro seja imune, independentemente de seu suporte físico, o papel só é imune se for para ser usados na impressão do livro.

Por outro lado, deve-se observar que o fato de a Constituição não fazer referência explícita ao e-book não constitui obstáculo ao reconhecimento de sua imunidade, pois o intérprete, ao aplicar a norma, deve adotar a interpretação que reflita o contexto corresponde mais de perto à situação social atual, que face ao progresso tecnológico conduz inevitavelmente ao reconhecimento da imunidade aos e-books.

Por fim, ainda há quem argumente que a imunidade tributária dos livros não alcançaria os livros eletrônicos porque seriam usados apenas por pessoas com alta capacidade de contribuição. No entanto, esse argumento também não merece sucesso.

Em primeiro lugar, porque as imunidades tributárias fazem parte da projeção da jurisdição tributária das autoridades federais, independentemente da análise do desempenho econômico dessas pessoas. Além disso, essa afirmação não se ajusta de forma alguma, pois o uso de recursos eletrônicos passou a ser uma realidade não apenas para as camadas de renda mais elevadas. O governo tem investido fortemente em programas de inclusão digital que permitem que a mídia eletrônica se espalhe para todos os setores da sociedade.

Diante de tudo isso, dadas as grandes mudanças tecnológicas nas últimas décadas e o novo contexto social, bem como os princípios de nossa Constituição e sua unidade que norteiam sua hermenêutica, defende-se que a imunidade do art. CRFB 150, VI, "d" inclui livros eletrônicos.

#### **4.REFERÊNCIAS**

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2009.

AMARAL, Rafael Caiado. **Breve ensaio acerca da hermenêutica constitucional de Peter Häberle.** Disponível em:

<<http://ojs.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/44/21>>. Acesso em: 12 de out. 2011

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro.** 16<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar.** 2<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

\_\_\_\_\_. **Direito Tributário Brasileiro**, atualizado por Misabel de Abreu Machado Derzi, 11<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARBEITAS, André Terrigno. **Tributário: imunidade dos livros, jornais e periódicos; abrangência vinculada ao papel escrito; livros acompanhados de cd-roms; não inclusão; parecer.** Boletim dos Procuradores da República, São Paulo, ano 2, n. 13, p. 3-4, maio 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 7<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 17<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.  
BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 26 set. 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934).** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm)> Acesso em: 02 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937).** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm) > Acesso em: 02 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946).** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm) > Acesso em: 02 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Informativo Nº 588, 24 a 28 de maio de 2010**. ADI 1945 MC/MT, rel. orig. Min. Octavio Gallotti, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 26.5.2010. (ADI-1945). Disponível em: <  
[http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo588.htm#ICMS: Software e Transferência Eletrônica - 3](http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo588.htm#ICMS:Software%20e%20Transfer%C3%ancia%20Eletr%C3%B4nica)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 206.774. Relator Ministro Ilmar Galvão**. Brasília, DF, 03/08/99. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=208&dataPublicaca>  
[oDj=29/10/1999&incidente=1656027&codCapitulo=5&numMateria=33&codMateria=3](http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=29/10/1999&incidente=1656027&codCapitulo=5&numMateria=33&codMateria=3)  
Acesso em: 15 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 595.676/RJ. Relator Ministro Marco Aurélio**. Brasília, DF, 19/03/2010. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=159&dataPublicaca>  
[oDj=19/08/2011&incidente=3836147&codCapitulo=2&numMateria=41&codMateria=7](http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=19/08/2011&incidente=3836147&codCapitulo=2&numMateria=41&codMateria=7)  
> Acesso em: 15 nov. 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, André Castro. **Tributação de bens digitais: Interpretação do art. 150, VI, d, da Constituição Federal**. São Paulo: MP Editora, 2009.

CARVALHO, Paulo Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16º Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASTRO, Aldemario Araújo. **Os meios eletrônicos e a tributação**. Disponível em: <  
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30477-31869-1-PB.pdf> >.  
Acesso em: 26 set. 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. et al. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRECO, Marco Aurélio. **Imunidade Tributária do Livro Eletrônico**. In: MACHADO, Hugo de Brito (org). A imunidade tributária do livro eletrônico. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 164-176.



GUIMARÃES, Marco Antônio. **As imunidades tributárias enquanto direitos Fundamentais integrantes do núcleo rígido da Constituição Federal e o princípio do Retrocesso Social**. 2006. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico Social). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006.

HESSE, Korad. **Elementos do Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

LIMA, Daniel Araujo. **A amplitude da imunidade dos templos religiosos: Exoneração de impostos diretos e indiretos**. 2006. 102 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Tributário**. 29<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Imunidade Tributária do Livro Eletrônico**. In: MACHADO, Hugo de Brito (org). A imunidade tributária do livro eletrônico. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 97-120.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Imunidade tributária e livros eletrônicos**. No prelo. Manuscrito cedido pelo autor.

## **TEORIA DA ASSERÇÃO: SUA APLICAÇÃO PRÁTICA E CONSEQUÊNCIAS DE SER A PRETERIDA PELO STJ.**

**JÚLIA MARTINS MACHADO:** Sócia advogada do escritório Gasparini Machado Advocacia. OAB/DF 64.329. Graduada pelo Uniceub, em 2019. Pós-graduada em Processo Civil e Direito Civil pela ESMA/DF. Membro da Comissão de Direito das Famílias OAB/DF.

**RESUMO:** Artigo Científico no âmbito do Direito Processual Civil. Especificamente em Teoria Geral do Processo, cujo objeto é realizar análise acerca do instituto da Ação, seus requisitos para propositura, e as Teorias da Condição da Ação já adotada em nosso Ordenamento e comparativas. Por meio da pesquisa dogmática e instrumental, e da técnica bibliográfica, sistematizou-se a doutrina jurídica, a fim de entender o funcionamento, a necessidade e os efeitos da aplicação da teoria da Asserção, que é a prevalecente no Brasil, e por fim, abrir discussão acerca de suas consequências processuais, para as partes envolvidas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Processual Civil; Teoria Geral do Processo; Teorias da ação; Ação; Asserção.

**ABSTRACT:** Scientific Article in the scope of Civil Procedural Law. Specifically in General Theory of Process, whose object is to carry out analysis about the institute of Action, its requirements for proposition, and the Theories of the Condition of Action already adopted in our Ordering and comparisons. Through dogmatic and instrumental research, and bibliographic technique, legal doctrine was systematized in order to understand the functioning, the need and the effects of applying the theory of Assertion, which is prevalent in Brazil, and finally, open discussion about its procedural consequences, for the parties involved.

**Keywords:** Civil Procedural Law; General theory of the process; Action theories; Action; Assertion.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. AÇÃO. 2. TEORIAS DA CONDIÇÃO DA AÇÃO. 2.1. ABSTRATA. 2.2. ECLÉTICA. 2.3. ASSERÇÃO. 3. CONSEQUÊNCIAS ACARRETADAS PELA TEORIA DA ASSERÇÃO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho, por meio de análise jurisprudencial, doutrinária e legal, visa adentrar à esfera da ação, para apresentar ao leitor as Teorias da Ação mais relevantes.

Após conhecê-las, busca realizar uma análise crítica acerca da ampla difusão da Teoria da Asserção no Ordenamento Jurídico Brasileiro, demonstrando suas possíveis consequências práticas. Positivas e negativas. Como a necessidade do responsável pela postulação em Juízo da demanda ser responsabilizado em caso de a teoria da asserção lhe ser prejudicial para o decorrer da demanda de forma correta.

## 1. AÇÃO

Ação, como é entendido pela maioria da doutrina, é um direito subjetivo, decorrente da vontade do indivíduo. Como abaixo demonstrado:

“prevalece a conceituação da ação como um direito público subjetivo exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da prestação jurisdicional, pouco importando seja esta de amparo ou desamparo à pretensão de quem o exerce. É por isso abstrato.”<sup>151</sup>

Assim, vamos considerar neste, a ação como direito subjetivo, e por tanto, aquele que entra com a ação, está realizando isso de maneira optativa, com expressa vontade de fazê-la, em busca de sanar a pretensão da qual acredita ter direito sobre, pelas vias judiciais<sup>152</sup>.

O direito de ação vai ser exercido perante ao Estado, já que não pode haver autodefesa de seus direitos, em condições normais. Tendo então, de usar do meio processual da ação para fazer funcionar o exercício jurisdicional por meio daqueles que são aptos a resolverem as lides existentes, e por sua vez, darem força de cumprimento às decisões por eles tomadas, por meio da execução<sup>153</sup>.

Além disso, o direito de ação é autônomo, ou seja, que independe do direito material para que seja exercido. Isso pode ser percebido pela possibilidade de haver decisões que considerem certas demandas improcedentes<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> THEODORO, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. I. 58ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 152.

<sup>152</sup> THEODORO, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. I. 58ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 152.

<sup>153</sup> CINTRA, Antônio (e col.). Teoria Geral do Processo - 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p.42.

<sup>154</sup> THEODORO, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. I. 58ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 152.

A ação pode ser admitida ou não pelo simples preenchimento dos requisitos, previstos no art. 319, do C.P.C.. A decisão que considerará que esta seja apta ou não de deferimento, será apenas de requisitos legais, e não de mérito.

Assim, esta decisão, que considera que a peça cumpriu com os requisitos do art. 319, do C.P.C., não interfere no resultado final da demanda, que pode ser negativo ou positivo à parte que a requereu, após a análise de seu mérito<sup>155</sup>. Como pode ser percebido em diversos julgados, nos quais o autor tem sua peça inicial admitida, mas não tem seus pedidos julgados procedentes. Podendo até mesmo, em caso de reconvenção, ter de arcar com o deferimento dos pedidos do réu e o indeferimento dos seus.

Ou seja, a ação é a possibilidade de requerer ao Estado que este exerça seu poder de jurisdição frente ao direito que a parte julga possuir, por meio do processo, que é um conjunto de atos regidos por um procedimento, para que tenha a possibilidade de chegar a uma solução justa às partes. Com base em fundamentos jurídicos do que seria justo a cada caso.

Então por meio da demanda, que é a forma pela qual a ação é proposta ao Órgão, é que o responsável estatal vai realizar uma primeira averiguação do que está sendo apresentado, verificando se certos requisitos da propositura da ação estão presentes no caso, extinguindo-o ali ou dando seguimento ao processo por sua vez iniciado<sup>156</sup>.

Um exemplo para ilustrar o caso seria aquele no qual a pessoa faz uma inicial com informações faltantes, aquelas presentes no art. 319, do CPC, ao receber o processo o magistrado manda a parte emendar à inicial. Se este não realizar a emenda, o processo não será considerado improcedente quanto ao mérito. Mas se realizar a emenda e o magistrado verificar que todos os requisitos processuais estão preenchidos, a inicial será admitida.

Aí se inicia uma nova análise, que muitas vezes pode ser realizada em mesma peça decisória, mas pode ser distinta também. Essa nova análise passa a ser acerca das condições da ação, na qual o magistrado verifica o interesse processual do autor e legitimidade das partes. Ou seja, o magistrado tem que adentrar mais ao caso para verificar além de requisitos meramente processuais, entrando em alegações não necessariamente comprovadas de legitimidade e de interesse. Partindo daí, pode extinguir a ação ou dar

---

<sup>155</sup> THEODORO, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. I. 58ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 153.

<sup>156</sup> MEDINA, Paulo. Teoria geral do processo: de acordo com o código de processo civil de 2015. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 46.

prosseguimento à ela. Caso seja dado prosseguimento, às futuras decisões no processo serão de mérito, e caso não seja dado, a demanda será indeferida sem análise de mérito.

Essa análise prévia da ação é feita sobre as “condições da ação”, que não fazem parte da análise de mérito, e nem da análise de questões de admissibilidade, na qual o magistrado verifica os pressupostos processuais, como mencionado acima.

Alguns autores, como Didier, defendem que apesar de esta análise estar sendo feita nessa parte do processo, não caberia em mesma decisão, já que esta seria uma zona intermediária entre estas, mas que o processo civil não está adaptado a esta realidade, já que possui apenas juízo de mérito ou de admissibilidade<sup>157</sup>.

Para outro autores, como Alexandre Câmara, não há necessidade em se falar de um juízo intermediário, pois caberia dentro do juízo de admissibilidade diversos tipos de decisão, com naturezas distintas.

Esclarecidos quanto a isto, vamos à análise de três teorias acerca das condições para andamento processual.

## **2. TEORIAS DA AÇÃO**

Três são as teorias de importante análise no caso, a Abstrata, da Asserção e a Eclética. Iniciaremos com uma breve introdução acerca da Teoria Abstrata.

### **2.1. TEORIA ABSTRATA**

A Teoria Abstrata, impõem que o direito subjetivo de ação é incondicionado, ou seja, não tem de preencher condições para que seja demandado<sup>158</sup>. Isso se dá, já que, por ser o direito de ação autônomo e de nada depender de mérito, deve ser passível de ser exercido a qualquer tempo e sem limitação por condições.

---

<sup>157</sup> DIDIER JR. Freddie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo CPC. 2013. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38767568/Condicoes\\_da\\_acao\\_-\\_Freddie\\_Didier\\_Jr..pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DSera\\_o\\_fim\\_da\\_categoria\\_condicao\\_da\\_acao.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20200311%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4\\_request&X-Amz-Date=20200311T165416Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=b3d8362e8ac598c209625af5ecc1930d5353a2aeabbc16582c28fdb68a4e18f4](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38767568/Condicoes_da_acao_-_Freddie_Didier_Jr..pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DSera_o_fim_da_categoria_condicao_da_acao.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20200311%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20200311T165416Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=b3d8362e8ac598c209625af5ecc1930d5353a2aeabbc16582c28fdb68a4e18f4). Acesso em: 11 mar 2020. p.1.

<sup>158</sup> THEODORO, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. I. 58ª rev. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 153.

Exemplo disso, seria pessoa que entra com demanda, mesmo sem cumprir qualquer requisito essencial, e possui em contrapartida qualquer resposta do poder judiciário. Pode ser uma decisão de complementar requisitos faltantes, de inadmissibilidade, de improcedência da demanda ou de procedência.

A mera resposta judiciária, já faria com que o direito subjetivo de ação fosse exercido. Essa teoria não é adotada em nosso ordenamento.

## **2.2. TEORIA ECLÉTICA**

A Teoria Eclética, concorda com a autonomia do direito de ação, mas diz que para o exercício desse direito tem que seguir certas condições.

O Código de Processo Civil de 1973, adotou este modelo em seu art. 267, inciso VI, quando previu que o magistrado responsável poderia extinguir o processo sem resolução de mérito, quando as condições não fossem cumpridas<sup>159</sup>. Condições estas, que seriam a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual<sup>160</sup>.

O Código de Processo Civil de 2015, não trouxe previsão dessas condições todas, já que Códigos não têm, obrigatoriamente, que adotar teorias, estas têm que ser apresentadas e desenvolvidas por doutrinas, jurisprudências e outros meios de fácil adaptação à realidade fática, para que o Código permaneça amplo e mutável, ampliando o período de aplicação deste.

Apesar de não haver previsão expressa como no Código anterior, o Código de 2015 trouxe previsão da necessidade de haver interesse (adequação e necessidade) e legitimidade (ordinária, em nome próprio se busca pretenção, ou extraordinária, em nome próprio pleitear direito alheio) para postular em juízo, previsto no art. 17<sup>161</sup>.

Há grande diferença entre um e outro, já que o anterior previa de forma clara que sem o preenchimento das condições o pedido seria inadmitido, ou seja, uma mesma ação poderia ser proposta logo em seguida se preenchidos os requisitos sobre as mesmas

---

<sup>159</sup> BRASIL. Lei nº 5.925, de 11 de janeiro 1973. Institui o Código de Processo Civil. "Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869impresao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impresao.htm). Acesso em: 11 de mar 2020.

<sup>160</sup> BRASIL. LEI N º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Acesso em 18 de maio de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869impresao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impresao.htm)

<sup>161</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. "Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.". 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: 11 de mar 2020.

questões de mérito previstas na demanda anterior. Pois a parte teria de demonstrar que preencheria tais requisitos.

Atualmente a corrente adotada pelo STJ<sup>162</sup>, por tanto majoritária e de aplicação nacional, é a da Teoria da Asserção, abaixo analisada.

### **2.3. TEORIA DA ASSERÇÃO**

Nesta, o magistrado fará uma cognição sumária, uma análise dos fatos e das provas de uma forma mais superficial ao receber a inicial para considerá-la apta ou não de admissibilidade processual, e uma exauriente, caso esta passe pelo juízo de admissibilidade da causa, acerca do que for demonstrado na inicial.

Assim, o magistrado pode admitir a ação se a parte ativa apenas tiver alegado de forma convincente que tem interesse e possui legitimidade, bem como que a parte passiva, por sua vez, é parte legítima. Considerando que estes são os requisitos previstos no Código para que a ação seja admitida, mas de não condição para seu seguimento.

Em caso de não conseguir demonstrar esses requisitos prévios, que a demanda seja extinta sem análise de mérito, antes mesmo de chamar ao processo à outra parte, e ouvi-la.

Mas em caso de simplesmente alegar em sua inicial, sem ao menos ter de demonstrar a veracidade daquilo que alega, de forma razoável, mas dizendo que preenche as condições da ação. Se posteriormente se verificar que estes não eram verídicos, a ação será extinta com resolução do mérito.

---

<sup>162</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1230412/SP. Quarta Turma. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA REQUERIDA. 1. Segundo a jurisprudência desta Corte, as condições da ação são averiguadas de acordo com a teoria da asserção, razão pela qual, para que se reconheça a legitimidade passiva 'ad causam', os argumentos aduzidos na inicial devem possibilitar a inferência, em um exame puramente abstrato, de que o réu pode ser o sujeito responsável pela violação do direito subjetivo do autor. Precedentes. 2. É inviável a denúncia da lide com fundamento no art. 125, II, do CPC/15 nas hipóteses em que não se verifica direito de regresso, mas sim pretensão ao reconhecimento de culpa de terceiro pelo evento danoso. Precedentes. 3. A reforma do acórdão recorrido demandaria

análise da legislação local para afastar um dos fundamentos adotado pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 280/STF. 4. A apresentação de razões dissociadas do fundamento adotado pelo acórdão recorrido impõe o reconhecimento da incidência da Súmula 284 do STF, por analogia. Precedentes 5. Agravo interno desprovido. Relator: Ministro Marco Buzzi. Data do julgamento: 19 de novembro de 2019. Data de publicação: 22 de novembro de 2019.

Isso tem como consequência que após a demanda ser admitida com base na asserção, o que vier pela frente será questão de mérito e não mais de admissibilidade. Então se houver futura extinção processual, será com análise de mérito, sendo a causa considerada improcedente<sup>163</sup>. Havendo preclusão da matéria, mesmo que na sua origem a demanda nem devesse ter sido aceita, o que causa um problema lógico, já que para que a ação possa ter andamento e por tanto uma análise e decisão meritória, tem de preencher as condições da ação, mas mesmo sem preencher, esta teria andamento e até um encerramento com análise de mérito, o que é por si só, contraditório.

A teoria da Asserção tem sido aplicada e um dos fundamentos é o princípio da economia processual, que prevê que deve haver menos custos àqueles que entrem com a demanda, para que possa atendê-los e também o da celeridade processual, que prevê uma duração razoável do processo, dando a este um andamento mais ágil<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1689179/SP. Terceira Turma. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. LOCAÇÃO COMERCIAL. LOJA. SHOPPING CENTER. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FIADORES. LEGITIMIDADE PASSIVA. ALIENAÇÃO DO IMÓVEL. HASTA PÚBLICA. ARREMATAÇÃO. DÉBITOS POSTERIORES. SUB-ROGAÇÃO LEGAL. ARREMATANTE. LEGITIMIDADE ATIVA. MORATÓRIA NÃO CARACTERIZADA. FIANÇA. MANUTENÇÃO. JULGAMENTO ULTRA PETITA. OCORRÊNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Embargos à execução de débitos locatícios opostos pelos fiadores em contrato de locação comercial de loja situada em shopping center. 3. O adquirente do imóvel sub-roga-se nos direitos decorrentes do contrato de locação relativo ao bem arrematado a partir da lavratura do auto de arrematação, sendo parte legítima para a cobrança de débitos locatícios referentes a período posterior à arrematação judicial. 4. As condições da ação, aí incluída a legitimidade, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial. 5. Havendo cláusula expressa no contrato de aluguel, a responsabilidade dos fiadores perdura até a efetiva entrega das chaves do imóvel objeto da locação, ainda que o contrato tenha se prorrogado por prazo indeterminado. Precedentes. 6. A transação e a moratória têm o efeito de exonerar os fiadores que não anuíram com o pacto (art. 838, I, e 844, § 1º, do Código Civil). Precedentes. Hipótese, contudo, em que o parcelamento da dívida foi concedido por quem não era o titular do crédito. 7. Configura-se o julgamento ultra petita quando a condenação do réu se dá em valor superior ao pleiteado pelo autor na petição inicial. 8. Recurso especial parcialmente provido. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas. Data do julgamento: 12 de novembro de 2019. Data de publicação: 22 de novembro de 2019.

<sup>164</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AI 00597619320198190000. Quinta Câmara Cível. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO AGRAVADA QUE HOMOLOGA DESISTÊNCIA DO CONDOMÍNIO AUTOR EM RELAÇÃO AO SEGUNDO RÉU QUE CONSTA COMO PROPRIETÁRIO DA UNIDADE CONDOMINIAL INADIMPLENTE DO RGI. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO. TEORIA DA ASSERÇÃO. EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL. PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL PARA GARANTIA DA EFETIVIDADE. OBRIGAÇÃO PROPTER REM QUE ADERE À UNIDADE CONDOMINIAL INADIMPLENTE DE QUEM SEJA SEU POSSUIDOR OU PROPRIETÁRIO. AGRAVANTE QUE NÃO TEM LEGITIMIDADE PARA REPRESENTAR E PERSEGUIR DIREITO DE TERCEIRO. RECURSO DESPROVIDO. Relator: Desembargadora Cristina Tereza Gaulia. Data de julgamento: 4 de fevereiro de 2020. Acesso em 19 de maio de 2020. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/808614736/agravo-de-instrumento-ai-597619320198190000?ref=serp>



### 3. CONSEQUÊNCIAS ACARRETADAS PELA TEORIA DA ASSERÇÃO

De certa forma, é benéfico em vários casos que a ação seja admitida assim, pois é uma forma de acelerar uma aceitação processual que já viria a ocorrer futuramente com a análise de provas.

Já em outros casos, é extremamente prejudicial. Sendo que, o magistrado se torna responsável por admitir a demanda, com base em meras alegações, por ter de considerar verídico o alegado na inicial pelo Autor.

Alegações estas que poderiam, em muitos casos, ser demonstradas logo no início. Um exemplo seria o do caso da cobrança de um título, A entrou com uma ação contra B, e este B não é o responsável pelo pagamento deste título, mas C que seria. Logo, ao se fazer breve análise do título, se teria a clareza da ilegitimidade do B, e portanto da não aceitação da ação. Mas, a parte inicial do processo, de admissibilidade ou de condições da ação, com base nessa teoria, não teria de passar por uma análise de provas.

E é por essa não realização de análise de provas de forma prévia, que muitas vezes se terá uma ação em andamento, que não preencha condições da ação. Podendo causar desnecessários transtornos ao réu, que muitas vezes não teria de responder a ação, pois esta nem ao menos deveria ter sido aceita.

Isso é justificado, já que a fase de admissibilidade processual, que é onde tem sido realizada a análise das condições da ação, não é uma fase que conta com análise probatória, apenas com análise de fatos e questões de preenchimentos de requisitos essenciais para o bom andamento processual, como por exemplo do preenchimento de fatos que permitam a citação do réu para responder à demanda, isso por não haver uma fase específica para análise das condições da ação.

A parte autora, terá a legitimidade previamente analisada, bem como seu interesse processual, com base apenas no que está alegando, sem ter de apresentar provas relevantes. Ou seja, sem ao menos o réu estar figurando a ação, já que este ainda nem foi citado.

Com isso, se o réu alegar a falta de interesse ou de legitimidade, em sua contestação, o autor poderá ter sua ação extinta com resolução de mérito. Sendo que, não poderá mais discutir os direitos ali pleiteados, caso esta seja de fato encerrada. Porque, caso tente, estará incorrendo em litispendência, a não ser que novos fatos surjam.

Além disso, caso passe despercebido e venha a ser alegado após sentença e outros, deverá também ser extinta. Já que se trata de matéria que pode ser alegada a

qualquer momento e grau de jurisdição. Por tanto, uma ação que nem deveria ter sido aceita, pode chegar a patamares muito avançados. Que estariam usando da jurisdição estatal, sem ter condições para tanto.

Por um lado, como alega Alexandre Câmara, o processo seguiria seu curso natural ao chegar na análise probatória, só seria prolongada uma situação que já viria a ocorrer de encerramento, e não teria problema em ocorrer de forma que houvesse análise de mérito, até mesmo para que o autor não pudesse entrar novamente com mesma demanda e utilizar de meio de jurisdição de forma que ajuda a encher os juízos com processos a serem analisados de maneira desnecessária novamente<sup>165</sup>.

Isso é relevante ao se considerar a parte autora como ilegítima, ou sua falta de interesse processual. Mas ao se tratar a ilegitimidade passiva da demanda, a aceitação da ação pela teoria da asserção pode causar problemas ao autor.

Um exemplo é o caso de que, uma pessoa entra com demanda contra outra, em uma ação de cobrança, faltando cerca de um mês para encerrar seu prazo prescricional, neste mês, ocorre a aceitação da demanda com base na asserção e citação do réu. Considerando que a citação válida suspende a prescrição, o autor deixa de correr risco, em teoria, de perder o direito de ter seu direito satisfeito em juízo. Mas, ao ser contrariado e ter sua demanda extinta por ilegitimidade comprovada pelo réu mais adiante, este perdeu o prazo para entrar com a demanda contra a verdadeira parte legítima da ação.

A prescrição da demanda contra a verdadeira parte legítima continua correndo, já que adentrar com causa frente à parte não legítima não é previsão legal de suspensão ou impedimento do andamento prescricional<sup>166</sup>, e ao gastar tempo com uma demanda em que nem cumpre os requisitos básicos de propositura da ação, este está perdendo o tempo e o direito de adentrar com uma ação contra a verdadeira parte legítima e ter seu direito satisfeito<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p. 122.

<sup>166</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. "Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) . § 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação.

. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.". 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: 11 de mar 2020. art. 241, §1º, cpc.

<sup>167</sup> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO VÁLIDA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA CONTRA PARTE MANIFESTAMENTE ILEGÍTIMA. EMENDA

Ou seja, se a ação não tivesse sido aceita com base na asserção, a parte poderia ao reunir documentos comprobatórios verificar a verdadeira parte legítima à ocupar o pólo passivo da demanda.

Mas, ao se pensar por este lado, como se o verdadeiro problema da prescrição desses casos fosse a Teoria da Asserção, se exclui a ideia de que o processo em que se chama parte ilegítima à adentrar a ação, somente teve este ato realizado por erro do próprio autor, ou de seu representante processual.

Dessa forma, se o erro se deu por conta do próprio autor, que pode confundir quem verdadeiramente lhe deve, em uma ação de cobrança, seria justo que fosse prejudicado por seus próprios erros.

Mas em casos que o erro se deu por conta do representante processual da ação, a responsabilidade pelo erro deveria recair sobre ele. Um exemplo seria o de que, um advogado, de forma inexperiente, entra com ação de reparação de danos contra um indivíduo que ainda não conta com seus 16 anos completos, ou seja, não poderia ser chamado a entrar como polo passivo em condições normais, a demanda deveria ser proposta contra seus representantes legais, em maioria dos casos, seus pais<sup>168</sup>.

---

REALIZADA APÓS O IMPLEMENTO DO PRAZO PRESCRICIONAL. CITAÇÃO DA PARTE LEGÍTIMA OCORRIDA DE MODO INTEMPESTIVO, QUANDO JÁ ESCOADO O LAPSO PRESCRICIONAL. INAPLICABILIDADE DO EFEITO INTERRUPTIVO RETROATIVO. 1. Discussão acerca da eficácia interruptiva da prescrição operada pela citação válida, mas de parte ilegítima, em relação à parte legítima contra a qual apenas foi direcionada a demanda após o acolhimento do pedido de emenda da petição inicial. 2. Nova citação realizada apenas após o implemento do prazo prescricional e do escoamento dos prazos previstos nos §§ 2º e 3º do art. 219 do CPC/73, contados do primeiro despacho ordinatório. 3. Ação indenizatória por danos morais decorrentes de veiculação, em 15/06/2004, de matéria jornalística alegadamente ofensiva ajuizada em 13/06/2007, alguns dias antes do implemento da prescrição trienal prevista no art. 206, §3º, inciso V, do CC. 4. A maior parte dos precedentes do STJ, versando acerca dos efeitos interruptivos da prescrição advindos da citação válida, remontam a fatos ocorridos na vigência do art. 175 do CC/16, cuja revogação pelo CC/02 e posterior tratamento legislativo do tema, exige uma nova abordagem da questão. 5. A interpretação que mais bem atende ao disposto no art. 219, §1º, do CPC/73 e, ainda, ao art. 202, inciso I, do CC, é a de que apenas com a citação formalmente correta e tempestiva da parte legitimada para estar no polo passivo da ação, é que se poderá entender interrompida a prescrição. 6 Recurso especial desprovido. RECURSO ESPECIAL Nº 1.527.157 - PR (2015/0083184-9) RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO 5 de junho de 2018.

<sup>168</sup> **BRASIL.** Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;". 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: 30 jan. 2011.

Assim, o autor permanece silente acerca da idade do réu em sua peça e este fato passa despercebido em um primeiro momento, sendo a demanda aceita com base na teoria da asserção<sup>169</sup>.

Em fase processual adiante se verifica o erro da parte, e a necessidade da alteração do polo passivo ou de chamamento ao processo dos verdadeiros responsáveis. Mas lembrando que como a citação realizada apenas em nome de incapaz é inválida, a depender da forma de sua realização, a prescrição continuaria correndo até realização de nova citação, podendo haver a perda do direito de buscar jurisdição estatal.

Se a prescrição tiver ocorrido neste meio tempo, a demanda não pode mais vir a ter seu mérito analisado em juízo, e será extinta. Sem que houvesse qualquer culpa do Autor, mas sim do seu representante processual, que deveria ter se atentado aos fatos no momento de realizar a peça processual.

Não sendo, portanto, culpa da aplicação da teoria em si, mas da união de atos desleixados frente à demanda, que só se agravam pelo uso da referida teoria.

## CONCLUSÃO

A Teoria da Asserção é aplicada de forma majoritária no país.

Como benefício se tem a celeridade para entrar em juízo e ter sua causa resolvida de forma benéfica ou não, a depender do mérito, caso preencha de fato as condições da ação.

Por outro lado, esta pode ser prejudicial em casos em que a prescrição esteja próxima ao início da demanda e se dê uma aceitação desta com base na asserção, que depois se verifique que não foi correta. Pois teria continuidade do prazo prescricional, considerando a não validade a citação do réu na demanda errônea.

Diante a isto, cabe reflexão não apenas de como a teoria da asserção é adotada, ou se deveria se adotar uma outra que faça uma breve análise de provas antes de dar prosseguimento à demanda, mas também, da possibilidade de responsabilizar aquele que foi culpado pela decisão de entrar com a ação sem preencher as condições destas, pelos danos que forem gerados.

---

<sup>169</sup> **BRASIL.** Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. "Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição." 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: 19 de maio de 2020.

## REFERÊNCIAS

**BRASIL.** Lei nº 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: 11 de mar 2020.

**BRASIL.** Lei nº 5.925, de 11 de janeiro 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869impresao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impresao.htm). Acesso em: 11 de mar 2020.

**BRASIL.** Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 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: 19 de maio de 2020.

**BRASIL.** Superior Tribunal de Justiça. REsp 1689179/SP. Terceira Turma. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. LOCAÇÃO COMERCIAL. LOJA. SHOPPING CENTER. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FIADORES. LEGITIMIDADE PASSIVA. ALIENAÇÃO DO IMÓVEL. HASTA PÚBLICA. ARREMATACÃO. DÉBITOS POSTERIORES. SUB-ROGAÇÃO LEGAL. ARREMATANTE. LEGITIMIDADE ATIVA. MORATÓRIA NÃO CARACTERIZADA. FIANÇA. MANUTENÇÃO. JULGAMENTO ULTRA PETITA. OCORRÊNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Embargos à execução de débitos locatícios opostos pelos fiadores em contrato de locação comercial de loja situada em shopping center. 3. O adquirente do imóvel sub-roga-se nos direitos decorrentes do contrato de locação relativo ao bem arrematado a partir da lavratura do auto de arrematação, sendo parte legítima para a cobrança de débitos locatícios referentes a período posterior à arrematação judicial. 4. As condições da ação, aí incluída a legitimidade, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial. 5. Havendo cláusula expressa no contrato de aluguel, a responsabilidade dos fiadores perdura até a efetiva entrega das chaves do imóvel objeto da locação, ainda que o contrato tenha se prorrogado por prazo indeterminado. Precedentes. 6. A transação e a moratória têm o efeito de exonerar os fiadores que não anuíram com o pacto (art. 838, I, e 844, § 1º, do Código Civil). Precedentes. Hipótese, contudo, em que o parcelamento da dívida foi concedido por quem não era o titular do crédito. 7. Configura-se o julgamento ultra petita quando a condenação do réu se dá em valor superior ao pleiteado pelo autor na petição inicial. 8. Recurso especial parcialmente provido. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas. Data do julgamento: 12 de novembro de 2019. Data de publicação: 22 de novembro de 2019.

**BRASIL.** Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1230412/SP. Quarta Turma. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA REQUERIDA. 1. Segundo a jurisprudência desta Corte, as condições da ação são averiguadas de acordo com a teoria da asserção, razão pela qual, para que se reconheça a legitimidade passiva 'ad causam', os argumentos aduzidos na inicial devem possibilitar a inferência, em um exame puramente abstrato, de que o réu pode ser o sujeito responsável pela violação do direito subjetivo do autor. Precedentes. 2. É inviável a denunciação da lide com fundamento no art. 125, II, do CPC/15 nas hipóteses em que não se verifica direito de regresso, mas sim pretensão ao reconhecimento de culpa de terceiro pelo evento danoso. Precedentes. 3. A reforma do acórdão recorrido demandaria análise da legislação local para afastar um dos fundamentos adotado pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 280/STF. 4. A apresentação de razões dissociadas do fundamento adotado pelo acórdão recorrido impõe o reconhecimento da incidência da Súmula 284 do STF, por analogia. Precedentes. 5. Agravo interno desprovido. Relator: Ministro Marco Buzzi. Data do julgamento: 19 de novembro de 2019. Data de publicação: 22 de novembro de 2019.

**BRASIL.** Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.527.157 - PR (2015/0083184-9). Terceira Turma. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO VÁLIDA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA CONTRA PARTE MANIFESTAMENTE ILEGÍTIMA. EMENDA REALIZADA APÓS O IMPLEMENTO DO PRAZO PRESCRICIONAL. CITAÇÃO DA PARTE LEGÍTIMA OCORRIDA DE MODO INTEMPESTIVO, QUANDO JÁ ESCOADO O LAPSO PRESCRICIONAL. INAPLICABILIDADE DO EFEITO INTERRUPTIVO RETROATIVO. 1. Discussão acerca da eficácia interruptiva da prescrição operada pela citação válida, mas de parte ilegítima, em relação à parte legítima contra a qual apenas foi direcionada a demanda após o acolhimento do pedido de emenda da petição inicial. 2. Nova citação realizada apenas após o implemento do prazo prescricional e do escoamento dos prazos previstos nos §§ 2º e 3º do art. 219 do CPC/73, contados do primeiro despacho ordinatório. 3. Ação indenizatória por danos morais decorrentes de veiculação, em 15/06/2004, de matéria jornalística alegadamente ofensiva ajuizada em 13/06/2007, alguns dias antes do implemento da prescrição trienal prevista no art. 206, §3º, inciso V, do CC. 4. A maior parte dos precedentes do STJ, versando acerca dos efeitos interruptivos da prescrição advindos da citação válida, remontam a fatos ocorridos na vigência do art. 175 do CC/16, cuja revogação pelo CC/02 e posterior tratamento legislativo do tema, exige uma nova abordagem da questão. 5. A interpretação que mais bem atende ao disposto no art. 219, §1º, do CPC/73 e, ainda, ao art. 202, inciso I, do CC, é a de que apenas com a citação formalmente correta e tempestiva da parte legitimada para estar no polo passivo da ação, é que se poderá entender interrompida a prescrição. 6 Recurso especial desprovido. Relator : Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Data de Julgamento: 5 de junho de 2018.

**CÂMARA**, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, p. 122.

**CINTRA**, Antônio (e col.). Teoria Geral do Processo - 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

**MEDINA**, Paulo. Teoria geral do processo: de acordo com o código de processo civil de 2015. 2ª ed. Salvador: Juspodivm

**RIO DE JANEIRO**. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AI 00597619320198190000. Quinta Câmara Cível. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO AGRAVADA QUE HOMOLOGA DESISTÊNCIA DO CONDOMÍNIO AUTOR EM RELAÇÃO AO SEGUNDO RÉU QUE CONSTA COMO PROPRIETÁRIO DA UNIDADE CONDOMINIAL INADIMPLENTE DO RGI. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO. TEORIA DA ASSERÇÃO. EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL. PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL PARA GARANTIA DA EFETIVIDADE. OBRIGAÇÃO PROPTER REM QUE ADERE À UNIDADE CONDOMINIAL INADIMPLENTE DE QUEM SEJA SEU POSSUIDOR OU PROPRIETÁRIO. AGRAVANTE QUE NÃO TEM LEGITIMIDADE PARA REPRESENTAR E PERSEGUIR DIREITO DE TERCEIRO. RECURSO DESPROVIDO. Relator: Desembargadora Cristina Tereza Gaulia. Data de julgamento: 4 de fevereiro de 2020. Acesso em 19 de maio de 2020. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/808614736/agravo-de-instrumento-ai-597619320198190000?ref=serp>

**THEODORO**, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. I. 58ª rev. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

## A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DE ANIMAIS

**SAMUEL GOMES VIEIRA DE NEGREIROS:**

Bacharelado pela Universidade UnirG de Gurupi - TO.

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISZCONZI

(orientadora)

**Resumo:** Os animais fazem parte do espaço terrestre desde sempre. Contudo, ao longo da história da humanidade sempre foram relegados a "coisas". Buscando mudar esse cenário diante do fato de hoje serem considerados como sujeitos de direitos, tal como os seres humanos, a luta pela proteção dos animais se tornou assunto recorrente nos últimos anos no Brasil. Todavia, em que pese a importância em proteger esses seres, eles também podem causar danos aos seres humanos. Nesse caso, o presente estudo tem como objetivo discutir as responsabilidades civis decorrentes de danos provocados por animais, especificamente os domésticos. Para realizar esse estudo, tem-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, baseada em livros, artigos científicos, na legislação brasileira e no posicionamento jurisprudencial. Nos resultados, encontrou-se posicionamentos favoráveis a respeito da aplicação da responsabilidade civil aos donos de animais domésticos, quando estes causarem danos à outrem.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Danos de Animais. Consequências.

**Abstract:** Animals have always been part of terrestrial space. However, throughout human history they have always been relegated to "things". Seeking to change this scenario in view of the fact that today they are considered as subjects of rights, just like human beings, the fight for the protection of animals has become a recurring issue in recent years in Brazil. However, despite the importance of protecting these beings, they can also cause harm to human beings. In this case, the present study aims to discuss civil liability arising from damage caused by animals, specifically domestic animals. To carry out this study, bibliographic research, based on books, scientific articles, Brazilian legislation and jurisprudential positioning, is used as methodology. In the results, favorable positions were found regarding the application of civil liability to the owners of domestic animals, when they cause damage to others.

**Keywords:** Civil Responsibility. Animal Damage. Consequences.

### 1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais discutidos atualmente é sobre o Direito Animal. Essa discussão se dá principalmente pelo fato de que os animais se encontram constantemente violados nos seus direitos e nas garantias jurídicas ao qual pertencem.

Dito isto, os animais, ainda que haja controvérsias, são sujeitos de direitos e devem ter a sua dignidade preservada. Por conta disso, a proteção a sua integridade física e



também moral (afinal, os animais se equiparam dentro dos seus limites ao homem) contida na norma constitucional, deve ser respeitada e cumprida.

Atos de violência e maus-tratos aos animais infelizmente são praticados diariamente ao redor do mundo, e em especial no Brasil, onde as recentes estatísticas fixam que o número de agressões a esses seres vem aumentando a cada ano. Os animais, nesse contexto social, têm sido utilizados pelo homem de forma errônea e cruel.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito dos animais é encontrado nos capítulos referentes ao Meio Ambiente, por serem os seus habitats naturais. A Constituição Federal em seu art. 225, §1º, inciso III é claro ao assegurar que nenhum animal deve ser violentado.

Ocorre que na vida civil, os animais, em especial os domésticos, acabam por causar danos aos civis. Em situações extremas, como ataques violentos e destemidos, muitos são os cidadãos que ficam marcados pelas condutas agressivas de animais domésticos, como cães e gatos.

A título de exemplo, no estudo detalhado de Paranhos et al. (2013), mostrou no período de 2007 a 2010, teve-se frequência anual média de 16.830 mordeduras provocadas por cães, do total de 21.317 notificações, em média, no período, o que corresponde a 79,03% do total de atendimentos antirrábicos (inclui mordeduras, arranhaduras e lambeduras por várias espécies de mamíferos).

Apenas pelo dado acima mostra-se claramente que, sem desmerecer a dignidade e o garantismo legal à proteção desses animais, é preciso que em casos como os destacados, haja alguma reparação ao dano causado.

Desse modo, o presente estudo, tem como escopo discorrer a respeito do instituto da Responsabilidade Civil aplicado aos casos onde há danos causados por animais. Obviamente, não se discute a penalização dos animais, visto que são seres irracionais; mas somente aos donos ou responsáveis.

Diante desse cenário, a problemática encontrada nessa pesquisa se resume a seguinte indagação: qual os efeitos encontrados na norma e na jurisprudência brasileira para a responsabilização civil por danos de animais?

Na busca por resposta, para a realização da pesquisa foi feita uma revisão de literatura, constituído de estudo bibliográfico e documental. A pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, da

jurisprudência, de livros e artigos vinculados à análise das consequências dos danos causados por animais aos cidadãos e de outras doutrinas disponíveis relacionadas ao tema.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google Acadêmico, dentre outros, entre os dias 23 de abril a 12 de maio de 2021. Os descritores foram: Legislação Brasileira. Consequências Jurídicas e Sociais. Responsabilidade Civil. Danos de animais.

## **2. DO DIREITO ANIMAL: ASPECTOS GERAIS**

Os animais foram os primeiros habitantes da Terra. E foi por meio da evolução animal é que surgiu o homem, no caso no caso os chimpanzés. Com isso, a relação entre humanos e animais vai muito além da divisão territorial, iniciando-se de forma biológica e genética.

Ocorre que desde que surgiram, os animais são submetidos a vontade humana, sendo constantemente vítimas de maus tratados, de torturas e todo tipo de exploração. Tudo isso apenas para satisfazer o capricho humano.

Essa dominação do homem sobre os animais é descrita em várias escrituras públicas da Antiguidade e inclusive na própria Bíblia<sup>170</sup>. De todo modo, desde sempre se teve a concepção de que o homem é superior aos animais. Essa ideia é chamada de antropocentrismo.

Criada na Grécia Antiga, o antropocentrismo divulgava a ideia de que o ser humano era o centro de tudo, e por conta disso, poderia comandar tudo ao seu redor, incluindo aí os animais e a natureza. Gomes; Chalfun (2017, p. 10) explicam que essa teoria fora criada pelo filósofo Sócrates, “ao qual entendia que o homem comandava toda a espécie, uma vez que apenas ela detinha o poder da fala”.

Essa visão antropocêntrica perdurou por muito tempo e só foi sanada quando o filósofo grego Pitágoras começou a debater sobre o consumo exagerado da carne e a matança desmedrada dos animais. Para esse filósofo, se o ser humano parasse de explorar os animais e a natureza, poderia se tornar uma pessoa melhor (SOUSA, 2020).

---

<sup>170</sup> De acordo com o Livro de Gênesis, capítulo 1, verso 28, o qual disse Deus a Adão “Frutificai, e multiplicai-vos, e enchei a terra, e sujeitai-a; e dominai sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre todo o animal que se move sobre a terra”.

Por esse pensamento encontra-se o ecocentrismo, que como explica Ferreira (2016) acreditava que os animais eram tão importantes e úteis como qualquer ser humano, sendo, portanto, dignos dos mesmos direitos.

Porém, essa corrente de pensamento foi atingida pelos dizeres do filósofo francês René Descartes que em 1641 afirmara que os animais eram seres irracionais, não possuindo consciência, não possuindo alma e que com isso, não sentiriam qualquer dor (SOUSA, 2020).

Essa concepção de Descartes (1641) acabou por receber muitas críticas, principalmente de outros grandes filósofos. E isso também gerou o início da discussão sobre a necessidade de se criar o direito animal.

E essa criação se deu principalmente em 1822, quando a Inglaterra trouxe em seu ordenamento jurídico a conhecida Lei *British Cruelty to Animal Act*, que em português significa A Lei do Tratamento Cruel dos Animais. Essa lei tinha como foco a proteção dos animais contra os maus tratos, se tornando assim a primeira lei a dispor sobre o uso de animais em pesquisas (SOUSA, 2020).

Posteriormente, em 1911 ainda na Inglaterra, essa Lei acima citada foi revogada para outra (A Lei de Proteção aos Animais) ao qual se objetivava em dar proteção aos animais contra todos os atos cruéis feitos pelos humanos. Em seu texto normatizou a proibição de qualquer ato que venha denegrir ou desrespeitar os animais, ou ainda que venha lhe causar sofrimento, dentre outros (SOUSA, 2020).

Percebe-se até aqui que a origem da discussão sobre a presença e proteção dos animais surgiu no campo da filosofia. E nessa área ainda teve discussões sobre o reconhecimento da existência desses seres e a sua "utilidade" para o homem. Portanto, a temática envolvendo os animais não é recente e sempre trouxe em sua história correntes favoráveis e desfavorável a respeito dos seus direitos.

Contudo, com a evolução do pensamento da sociedade ao longo dos séculos, os animais foram sendo considerados como seres integrantes da comunidade, devendo, portanto, possuir direitos jurídicos. Sobre esse assunto, apresenta-se o tópico abaixo.

## **2.1. A CONSAGRAÇÃO DOS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS**

Para que os animais pudessem ser reconhecidos não apenas socialmente, mas também juridicamente, a discussão inicial recai, sobretudo, sobre o debate de eles serem animais tidos como objetos ou coisas ou se são seres sencientes.

Muito foi superado na doutrina sobre os animais serem seres sencientes, ou seja, embora não possuam a capacidade de racionar, são capazes de sentir e de amar (LIMA, 2014). Sobre a questão de eles serem sencientes, cabe destacar:

Segundo a *Declaração de Cambridge sobre a Consciência* (2012), elaborado por neurocientistas, neurofarmacologistas, neurofisiologistas, neuroanatomistas e neurocientistas computacionais cognitivos reunidos na Universidade de Cambridge/Reino Unido –, “A ausência de um neocórtex não parece impedir que um organismo experimente estados afetivos. Evidências convergentes indicam que os animais não humanos têm os substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de consciência juntamente como a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Consequentemente, o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também possuem esses substratos neurológicos”. (ATAIDE JUNIOR, 2020, p. 22).<sup>171</sup>

Com base nessa citação científica, fica evidente constatar que em grande parte das normas jurídicas mundiais, os animais por serem considerados seres sencientes são detentores de direitos e de proteção legal. Ultrapassando a visão do antropocentrismo, os animais se tornam sujeitos de direitos e merecedores de qualquer amparo legal sobre a sua existência e tutela em relação ao homem.

E esse pensamento é ainda mais latente quando se analisa as leis de proteção aos animais. No Brasil, de modo geral encontra-se a Constituição Federal de 1988 que proíbe, expressamente, quaisquer práticas cruéis contra animais (art. 225, § 1º, VII). E justamente por estar amparada no texto constitucional é que há o reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos.

Nesse ponto, o reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos se explica pelo fato de que se eles são reconhecidos na norma principal e afins, também são sujeitos jurídicos. Corroborando com essa afirmativa, Santana (2019, p. 02) aduz que “o sujeito de direito é todo e qualquer ente apto a ser titular de direitos e adquirir deveres, não apenas o ser humano, mas também os determinados em lei”.

Cabe salientar ainda que, os animais não possuem capacidade para estar em juízo, devendo, portanto, serem representados judicialmente (SOUSA, 2020).

*Em concordância com o exposto até aqui, segundo entende Ataíde Junior (2020, p. 01) “animais não são coisas. São sujeitos de direitos fundamentais, os quais, uma vez*

---

<sup>171</sup> Conferir o texto original, em inglês, disponível em: <<http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>>. Acesso em: 18. ago. 2020.

*violados, devem ser reparados em juízo. Por isso, não se pode negar que animais detêm capacidade de ser parte”.*

Em 13 de outubro de 1997, a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) proclamou a Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Em seu texto, expõe que “cada animal tem direito ao respeito. 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” (UNESCO, 1978).

Ao serem dotados de personalidade jurídica, os animais inclusive não podem ser agredidos. No texto constitucional, os maus tratos aos animais recebem tratamento no art. 225, § 1º, inciso III, que “trouxe como dever do Poder Público, proteger a fauna, vedando, ainda, os atos que provoquem a extinção de quaisquer de suas espécies e as atitudes que submetam os animais à crueldade” (BRASIL 1988).

O que se observa na Carta Constitucional com os animais, é que o mesmo possui um “caráter autônomo, não estando diretamente ligada com a dignidade da vida humana, mas sim com a dignidade daquele próprio ser, uma vez que se está, inclusive, a protegê-los das próprias ações humanas que venham a maltratá-los” (BRASIL, 1988).

Com o texto constitucional, tem-se notado o entendimento de que os animais possuem valor agregado à dignidade, que é inerente ao próprio ser. O espaço concedido à proteção animal mostra que esses seres são tão necessários quanto o Meio Ambiente.

### **3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

O tema acerca da responsabilidade civil por danos de animais sempre foram fontes de inúmeros debates, vide o fato de que se discute se essa responsabilidade é diretamente do dono ou responsável.

Antes de se adentrar nesse tema em específico, é preciso esclarecer o que seja o instituto da Responsabilidade Civil. Basicamente, esse instituto é visto como aquele aonde qualquer indivíduo que venha a violar um dever jurídico através de um ato ilícito ou ilícito, acaba por possuir a obrigação de reparar o dano (RAMOS, 2014).

Instituto tão importante para o Direito Civil, que em seu texto normativo o traz regulamentado no art. 186 ao qual diz que “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).

Sendo assim, a responsabilidade civil é antes de tudo, uma obrigação jurídica, pelo qual o causador do dano deve ressarcir as vítimas, de suportar sanções legais ou penalidades. Nesse ponto, “há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção” (SILVA, 2008, p. 642).

A reparação de qualquer dano assume duas funções básicas: a de compensar a vítima pela lesão sofrida, dando-lhe alguma espécie de satisfação, e a de impor ao ofensor uma sanção (DINIZ, 2012).

Dentro da Responsabilidade Civil, encontra-se entre os seus elementos, a reparação tanto no cenário material quanto moral estético, o dano moral em si. No entendimento de Gagliano (2011, p. 51) “deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior da coisa”.

De forma mais objetiva, a responsabilidade civil pode ser entendida como:

A aplicação de medidas que obriguem a uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal (ZENGO; GODOY, 2008, p. 31).

Brito et al. (2013, p. 54) ensina que “a responsabilidade civil abrange uma mescla de componentes que a definem, a partir de um ato praticado por uma pessoa, ou por terceiro, gerando um dano, surge um dever de reparação”. Essa reparação é feita de forma pecuniária, “de forma que pode ser percebida, no caso do dano material, no valor real da perda gerada pela pessoa afetada pela conduta” (BRITO et al. 2013, p. 55).

A responsabilidade civil é integrada por três elementos, que são a conduta, o dano e o nexo de causalidade. Acerca desses elementos, Pablo Stolze Gagliano (2011, p. 53) explica:

A conduta é a ação ou omissão voluntária praticada por uma agente. Tal ação tem o atributo de ser contrária ao direito, ou, em alguns casos, estar em consonância com o direito, mas por determinação legal, enseja responsabilização civil. Isto é verificado a partir da leitura do art. 186, que compreende a conduta que propicia a responsabilização civil como sendo um ato ilícito. Quanto ao dano, este é pressuposto para a existência da reparação, podendo ser entendido como a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do agente infrator. Tal dano poderá ser de ordem patrimonial ou moral, o primeiro entendido como uma lesão que afete economicamente o patrimônio de alguém, e o segundo causando lesão na esfera da subjetividade do agente. E por fim, o nexo de causalidade, ou seja, o liame que une a

Conduta ao resultado naturalístico, qual seja, o Dano. A maioria da doutrina está fincada na Teoria da causalidade adequada, segundo a qual se considera na percepção do nexo causal apenas o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso, ou seja, considera-se estritamente a conduta antecedente ao resultado como sendo apta a ensejar a responsabilidade de reparar o dano.

Passados esses ensinamentos, encontra-se na responsabilidade civil a reparação por danos que afetem o indivíduo, ou em outra colocação, que afeta a esfera personalíssima da pessoa. Aqui não se fala em reparação pecuniária, nem comercialmente redutível a dinheiro.

Nesse sentido, cabe citar:

O dano extrapatrimonial, especificamente o dano moral, considerado *in re ipsa*, independentemente de comprovação, possui caracterização vasta na doutrina, importando ressaltar as mais comumente abordadas como a ideia de violação a direitos personalíssimos, a afronta à dignidade da pessoa humana, bem como a apuração de sensações e emoções negativas tais como a angústia, o sofrimento, a dor, a humilhação, sentimentos estes que não podem ser confundidos com o mero dissabor, aborrecimento, que fazem parte da normalidade do dia-a-dia (STERN, 2016, p. 13).

No tangente a falta de lei, cabe ilustrar que o Judiciário deve sempre conceder respostas a todas as ações que batem à sua porta. Nesse caso, cabe indagar: como ficaria a resposta jurisprudencial diante do caso de reparação dos danos sofridos por animais? Em resposta a essa questão, apresenta-se o tópico seguinte.

#### **4. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DE ANIMAIS**

Agressões e ataques de animais domésticos principalmente, não é um ato incomum. Nas últimas décadas pesquisas apontaram que o número de casos vem aumentando. Em que pese o reconhecimento do direito animal, conforme explicado anteriormente nesse estudo, a discussão dessa pesquisa está direcionada à responsabilização por danos causados por animais.

Importante mencionar que a maioria dos etólogos aceita a ideia de que a agressão canina e de outras espécies envolve sempre um contexto e que um animal que responde agressivamente em uma determinada situação não necessariamente o fará em outra (CANATTO, 2016).

Há no estudo sobre os ataques de animais, alguns entendimentos a respeito das causas para a sua ocorrência. De acordo com Canatto (2016) a agressão pode ser

classificada como por dominância quando se manifesta uma tendência de alguns animais (principalmente os cães) reagirem de forma agressiva a possíveis desafios da sua posição social hierárquica.

Nessas circunstâncias, incluem-se situações em que o proprietário é aparentemente visto, por exemplo, como um competidor de recursos alimentares, de espaço, do local de dormir, ou em resposta a um gesto do proprietário de suposta dominância, como segurar, acariciar, limpar, restringir, punir, gritar, olhar ou mesmo inclinar-se sobre o animal. O conceito de dominância baseia-se na noção de que os animais competem agressivamente mais por posição social do que para obtenção de alimento ou escolha de parceiros, e tem sido utilizado para explicar a organização e a manutenção da estrutura social de diferentes grupos de animais (CANATTO, 2016).

Paranhos et al. (2013) explicam que os animais possuem diversos motivos para poderem atacar um indivíduo, sendo o mais comum a agressão do tipo territorial. Nesse ponto, ela ocorre como uma resposta em que um cão, por exemplo, apresenta a tendência a reagir agressivamente quando um intruso entra em seu território ou nas vizinhanças deste, e se manifesta contra pessoas ou animais desconhecidos que se aproximam do seu espaço.

A definição desse espaço muitas vezes é maior do que aquele que se entende como o do cão e pode ser o canil, o quintal, a casa ou o quarteirão. As agressões podem ocorrer nos contextos de expressões de dominância, defesa territorial, competição por alimento, proteção de membros jovens da matilha ou de outros indivíduos. Podem acontecer por dor, medo e também podem envolver componentes de comportamento predatório interespecífico (CCZ, 2004).

A título de informação, no estudo exposto por Paranhos et al. (2013) mostrou que a maior frequência de lesões nas pessoas agredidas ocorreu nos membros inferiores, seguidas de agressões na mão, membros superiores e cabeça. Vítimas próximas do animal tiveram lesões mais frequentemente nas mãos, e membros superiores. Em pessoas com pouco contato com seus agressores, as lesões prevaleceram nos membros inferiores, seguidas das mãos. No caso de animais desconhecidos, as pessoas foram mais agredidas nos membros inferiores, e membros superiores.

De todo modo, o que se analisa é de que forma o dono do animal ou o seu responsável pode ser responsabilizado. A respeito dessa questão, a legislação brasileira já tem entendimento pacífico no sentido de que os donos são civilmente responsáveis pelos ataques de seus bichos. Em caso de morte da vítima, eventualmente responderão na seara penal.



O Código Civil de 2002 em seu artigo 936 descreve a responsabilidade que o dono tem pelos danos e prejuízos causados por seus animais. Por exemplo: se um animal atacar alguém, ou destruir algo de outra pessoa, o dono deverá ressarcir o prejuízo (BRASIL, 2002).

A responsabilidade referida no mencionado artigo trata-se de responsabilidade objetiva, ou seja, não há necessidade de prova da culpa do proprietário do animal, basta que o animal cause um prejuízo que seu dono responde.

Sobre o tema, tem-se as seguintes palavras:

O artigo 936 não mais admite ao dono ou detentor do animal afastar sua responsabilidade provando que o guardava ou vigiava com cuidado preciso, ou seja, provando que não teve culpa. Agora, a responsabilidade só poderá ser afastada se o dono ou detentor do animal provar fato exclusivo da vítima ou força maior. Temos, destarte, uma responsabilidade objetiva tão forte que ultrapassa os limites da teoria do risco criado ou do risco-proveito. Tanto é assim que nem todas as causas de exclusão do nexo causal, como o caso fortuito e o fato de terceiro, afastarão a responsabilidade do dono ou detentor do animal. A vítima só terá que provar o dano, e que este foi causado por determinado animal. A defesa do réu estará restrita às causas especificadas na lei, e o ônus da prova será seu (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 68).

A doutrina mais atualizada considera dispensável a averiguação da culpa em caso de ataque. Nesse sentido, cita-se:

Com a nova redação atribuída ao artigo 936, o legislador tomou posição firme, sem tergiversar. Dispõe que o dono ou detentor do animal ressarcirá o dano por esta causado, independentemente de culpa ou de qualquer outra averiguação ou condição, pouco importante se vigiava adequadamente, ou não, o animal, ou que este tenha sido provocado por outro animal (...). Estes animais, quando não se pretende que sejam dóceis e são condicionados ou transformados em verdade arma de defesa ou, até mesmo, de ataque, constituem perigo constante, diante do seu poder ofensivo, razão pela qual a responsabilidade do dono ou do animal, condicionada a verificação de culpa, não mais se compadece com a necessidade de proteção da coletividade (STOCO, 2011, p. 1.113).

Ainda nesse contexto, cabe destacar a seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. **RESPONSABILIDADE CIVIL**. ATAQUE DE ANIMAL DE PROPRIEDADE DA RÉ. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA**. Alegação da apelante, ora ré, de que não há prova de que o seu animal tenha atingido a apelada/autora. Prova testemunhal que demonstrou os fatos. Testemunha arrolada pela apelante que declarou que o animal saiu da casa da apelante. **Responsabilidade objetiva, nos termos do artigo 936 do CC/2002**. Ônus

da prova da apelante para afastar a responsabilidade. Dano material devidamente comprovado sem qualquer impugnação. Dano moral configurado. Recursos conhecido e improvido, nos termos do voto do Desembargador Relator. (0006228-78.2013.8.19.0212 - APELAÇÃO 1ª Ementa Des(a). CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR - - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. Julgamento: 25/04/2017). (grifo meu)

No entanto, é importante frisar que a lei permite que, se o proprietário provar que houve culpa da vítima, ou que o fato decorreu de força maior, ele não seja responsabilizado.

Ainda nessa seara, Venosa (2015) explica que, no que se refere aos julgados, ao analisar a culpa exclusiva da vítima ou a força maior na hipótese de dano ocasionado por animal, certamente o juiz analisará se o dono ou detentor o guardava e vigiava com o preciso cuidado; se o animal foi provocado por outro da própria vítima, o que lhe imputa a responsabilidade; se houve culpa, em sentido amplo por parte da vítima.

Contudo, toda essa análise pertencerá ao raciocínio normal do magistrado para chegar à conclusão sobre a procedência ou não do pedido. Importante lembrar que, de qualquer modo, todo o ônus probatório para evidenciar culpa da vítima ou caso fortuito é do ofensor, que se não se desincumbir a contento nesse encargo, indenizará a vítima (VENOSA, 2015).

O fato é que a jurisprudência brasileira, em sua maioria, tem adotado o instituto da Responsabilidade Civil como forma de reparação aos danos causados por animais. Vários são os julgados que apontam que em caso de comprovadamente lesão causada pelo animal, cabe ao seu dono ou responsável direto, arcar com os danos provenientes da situação geradora da lesão.

Isso mostra que a proteção animal não abrange os danos provenientes destes. Em outras palavras, reconhecendo o direito à proteção animal, não retira o direito de ressarcimento dos danos causados a eles. Em todo caso, é o dono que se responsabilizará pelos danos sofridos.

Nos julgados pesquisados, apresenta-se o seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. **AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATAQUE DE ANIMAL.** PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. RECURSO OFERTADO PELA PARTE AUTORA. incontroverso o fato de que o menor primeiro Autor, ora Apelante, tenha sofrido lesões em sua cabeça, por conta do ataque de um animal que estava sob a guarda dos réus, ora apelados. Pretensão no sentido da majoração da indenização por danos morais. despicienda a análise da responsabilidade dos Réus. verba indenizatória por danos morais, que possui dupla finalidade, sendo a primeira

como forma de amenizar a dor, o vexame e a humilhação suportados pela vítima; e a segunda, como espécie de penalidade civil com o intuito de inibir que o agente venha a adotar tal espécie de conduta novamente. **Deve ser observado o princípio da razoabilidade, além da situação econômica das Partes.** Da análise das fotografias carreadas aos autos, verifica-se a extensão dos danos que suportou o primeiro autor, em razão das mordidas perpetradas pelo animal, **cujas circunstâncias levam a crer a tremenda dor que suportou, além das consequências psicológicas que o acompanharão.** Quantum indenizatório que deve ser majorado para o valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), o qual se mostra razoável e proporcional aos danos suportados. Provimento do recurso. (0011518-13.2011.8.19.0061 - APELAÇÃO 1ª Ementa Des(a). CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA - VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. Julgamento: 13/03/2018).

No caso acima, fica evidente que a agressão sofrida pela vítima acarretou em uma enorme dor física, assim como as consequências psicológicas que o acompanhará. Nesse ponto, o magistrado indenizou o dono do animal a título de danos morais e materiais. Nesse mesmo caso, o magistrado aplicou a penalidade civil com a intenção de inibir que o agente venha a adotar tal espécie de conduta novamente.

Em outro caso, destaca-se:

APELAÇÃO CÍVEL. **RESPONSABILIDADE CIVIL. ATAQUE DE CÃO DA RAÇA PIT BULL.** DANOS MORAL E ESTÉTICO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO RÉU. PEDIDO DE REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO. DINÂMICA DOS FATOS COMPROVADA PELA PROVA DOS AUTOS. **DONO OU DETENTOR DO ANIMAL DEVERÁ RESSARCIR O DANO. DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA NEGLIGENCIADOS.** INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 936 DO CÓDIGO CIVIL. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA.** DANOS MORAL E ESTÉTICO CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE MERECE SER MANTIDO. A INDENIZAÇÃO DEVE SER FIXADA COM RAZOABILIDADE, LEVANDO-SE EM CONTA AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO, A FIM DE QUE A VERBA ARBITRADA REPRESENTA VALOR SATISFATÓRIO À REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO, PORÉM SEM QUE CARACTERIZE O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA VÍTIMA. SENTENÇA QUE NÃO MERECE REPARO. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (2188326-56.2011.8.19.0021 - APELAÇÃO 1ª Ementa Des(a). JAIME DIAS PINHEIRO FILHO - - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. Julgamento: 12/07/2016).

No caso apresentado acima, chama a atenção, que dentro desse contexto há também os danos estéticos, motivo pelo qual também haverá a responsabilização civil. Isso é evidente, uma vez que ao ser atacado pelo cão, houve mudanças na fisionomia da vítima, o que lhe causa constrangimento e humilhação. Isso é um ponto importante a ser

mencionado no presente tema, porque o que se verifica não é a penalização do animal, ao qual não é de fato um agressor (vide o fato de ser um ser irracional).

O que consagra nessa situação é o ressarcimento à vítima, que ao ser atacada, terá de conviver com os danos por tempo indeterminado. Desse modo, é compreensível que se busque o ressarcimento pelos prejuízos causados. Ademais, no caso em questão o magistrado apontou que a indenização deve ser fixada com razoabilidade, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, a fim de que a verba arbitrada represente valor satisfatório à reparação do dano causado, porém sem que caracterize o enriquecimento sem causa da vítima.

Diante de todo o exposto, fica evidente constatar que há a plena possibilidade de se aplicar o instituto da responsabilidade civil por danos de animais. O foco aqui é o ressarcimento da vítima, que terá de ser ressarcida conforme o dano ao qual enfrenta.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O mundo animal vem sofrendo constantes mudanças. Desde os primórdios, além das mutações naturais do seu desenvolvimento corporal, os animais vêm sendo utilizados pelos seres humanos de forma errônea e cruel. Sua dignidade e seu direito a uma vida íntegra e legítima têm sido constantemente desrespeitados.

Atos de violência e maus tratos são diariamente praticados contra os animais, não importando a espécie. Sejam eles selvagens ou domesticados, o uso dos animais para a satisfação do homem vem ao longo dos séculos causando um enorme estrago na fauna ambiental de todo o planeta.

Por conta disso, os maus tratos aos animais tiveram previsão legal no mundo inteiro, através de inúmeras normas, decretos, leis e entre outros. Hoje quem de alguma forma maltratar qualquer animal sofre sanções diversas, que vão desde a uma detenção ao pagamento de multa.

No ordenamento jurídico brasileiro, os animais estão integrados nos capítulos referentes ao Meio Ambiente, por serem os seus habitats naturais. Com isso, a sua proteção é amplamente amparada através da fauna, que é pertencente ao Meio Ambiente.

Em que pese a sua proteção e seu garantismo constitucional, como mostrado no decorrer do presente estudo, há situações que fogem da normalidade entre a convivência de animais domésticos e seres humanos.

Ataques e agressões de animais aos seres humanos não é recente. No entanto, em determinados casos, esses ataques acabam por gerar danos físicos, morais, patrimoniais e

psicológicos. Diante disso, deve-se o direito, enquanto ciência social buscar remédios para as vítimas.

Nesse sentido, defende-se nesse estudo a aplicação do instituto da responsabilidade civil em casos onde houver danos causados por animais. É compreensível que muitas vezes os animais não tenham o objetivo de causar algum dano. Mas em situações onde há ameaça de território ou possível agressão, esses seres acabam por atacar (que na verdade é uma forma de defesa).

Ainda assim, não há como negligenciar os danos encontrados nas vítimas. Nesse ponto, a jurisprudência e a doutrina jurídica são pacíficas no entendimento de que os danos causados por animais são plenamente cabíveis a aplicação tanto da responsabilidade civil quanto dos danos morais (e estéticos).

Com isso, frisa-se nesse estudo a importância em se ressarcir as vítimas de ataques de animais, em especial os domésticos, como cães e gatos. É uma forma de aplicar a justiça e o equilíbrio social.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**; promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

Senado Federal. **Código Penal de 1940**. Brasília: Senado Federal, 2008.

BRITO, Antonio Edigleison Rodrigues de; et al. **Dano Moral no Direito de Família**. Revista Homem, Espaço e Tempo. ISSN 1982-3800, 2013.

CANATTO, B.D. **Caracterizações das populações de cães e gatos domiciliadas no município de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Ciências). Faculdade de Medicina Veterinária e Zootecnia da Universidade de São Paulo, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

CCZ - Centro de Controle de Zoonoses/ COVISA/SMS, "Criando um amigo" **Manual de Prevenção contra agressões por cães e gatos, Prefeitura do Município de São Paulo**, 2004. Disponível em: <[http://www.pclq.usp.br/gcaa/manual\\_educador.pdf](http://www.pclq.usp.br/gcaa/manual_educador.pdf)>. Acessado em: 05 mai. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda. **Animais não humanos como sujeitos de direito considerações processuais**. Salvador, v. 6, nº 9, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, volume III: responsabilidade civil. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Rosangela M<sup>a</sup> A; CHALFUN, Mery. **Direito dos animais – um novo e fundamental direito**. 2017. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/mery\\_chalfun.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/mery_chalfun.pdf)>. Acesso em: 11 mai. 2021.

PARANHOS, Natália Tavares et al. **Estudo das agressões por cães, segundo tipo de interação entre cão e vítima, e das circunstâncias motivadoras dos acidentes, município de São Paulo, 2008 a 2009**. Arq. Bras. Med. Vet. Zootec., v.65, n.4, p.1033-1040, 2013.

RAMOS, Vanderlei. **Responsabilidade civil no Direito brasileiro: pressupostos e espécies**. 2014. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8754/Responsabilidade-civil-no-Direito-brasileiro-pressupostos-e-especies>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

SANTANA, Heron José de. **Direito Ambiental Pós-Moderno**. São Paulo: Juruá, 2019.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

SOUSA, Ana Karoline Silva. **Direito Dos Animais Não Humanos: Necessidade de Criação de Leis Severas Contra Maus Tratos**. 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/direito-dos-animais-nao-humanos-necessidade-de-criacao-de-leis-severas-contra-maus-tratos/>>. Acesso em: 01 mai. 2021.

STERN, Ana Letícia Attedemo. **O conceito de dano moral segundo o STJ**. 2016. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2009/relatorio/dir/ana\\_leticia.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2009/relatorio/dir/ana_leticia.pdf)>. Acesso em: 02 mai. 2021.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **A responsabilidade por danos de animais**. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/937/a-responsabilidade-por-danos-de-animais>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

ZENGO, Lonise Caroline; DODOY, Sandro Marcos. **A responsabilidade civil**. 2012. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2243/2234>>. Acesso em: 10 ma1. 2021.

## HERANÇA DIGITAL: SUCESSÃO DO PATRIMÔNIO CIBERNÉTICO

**NATIELLI INDALÉCIO DE OLIVEIRA:**  
bacharelanda em Direito pela Universidade  
Brasil.

MARCO ANTÔNIO COMALTI LALO  
(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho tem por finalidade tratar acerca da sucessão do patrimônio cibernético de um indivíduo. No cenário atual, notadamente em tempo de ascensão do mundo digital e da constante presença das redes sociais em nossas vidas surge à necessidade e a importância de se tratar de um tema altamente relevante: herança digital. O planejamento sucessório alcançou as redes sociais e a internet, tendo em vista que milhares de pessoas se utilizam de redes sociais diariamente e postam conteúdos nessas redes. Questão a ser esclarecida: quem é a pessoa indicada para assumir essas contas de perfis de pessoas falecidas. Os herdeiros? O cônjuge? Aquelas pessoas indicadas pelo juiz? Isso posto, o artigo pretende analisar a forma em que o direito civil pátrio vem se posicionando sobre as necessidades ocasionadas pela novas tecnologias e a digitalização das relações sociais, frente ao patrimônio digital e conseqüentemente, o direito da sucessão do acervo digital.

**Palavras-chave:** Mundo digital. Planejamento sucessório. Internet. Redes sociais.

**SUMÁRIO:** 1.INTRODUÇÃO; 2.DIREITO SUCESSÓRIO; 3.HERANÇA DIGITAL; 4.VALOR PATRIMONIAL; 5.LEGISLAÇÃO BRASILEIRA; 6.LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS; 7. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO ÂMBITO EUROPEU; 8. REDES SOCIAIS, 8.1. Conta do Facebook, 8.2. Do Acesso às Redes Sociais; 9. CONTEÚDO PRODUZIDO EM VIDA; 10. ENTENDIMENTO DAS CORRENTES; 11. CASO CONCRETO; 12. BENS MATERIAIS; 13. POTÊNCIA DA MONETIZAÇÃO DE ATIVOS VIRTUAIS; 14. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

### 1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral abordar o tema da herança digital com enfoque na sucessão do patrimônio cibernético. À vista disso, como objetivos específicos, analisa-se a herança digital como compatível com o direito fundamental constitucional à herança, passível de sucessão e suas implicações jurídicas.

Justifica-se o debate sobre o tema em questão tendo em vista que a transmissão patrimonial dos bens do falecido após a morte é tratada pela legislação civilista, porém,

levando em consideração os acelerados avanços tecnológicos propiciados pelo mundo globalizado, o direito nacional se vê forçado à enfrentar demandas práticas que recaem sobre o patrimônio digital do de cujus, quando ocorre a morte deste sem o planejamento sucessório relacionado à herança do mundo digital.

Desse modo, surge a problemática de que o ordenamento jurídico pátrio não consegue acompanhar tais alterações constantes, buscando alternativas para solucionar lides atuais com conteúdo que não possuem previsão legislativa específica.

De início, a pesquisa recai sobre as normas de direito sucessório vigente, analisando a transmissão do patrimônio do de cujus aos seus herdeiros.

Por conseguinte, o trabalho esclarece o conceito de herança digital, abordando a aplicabilidade das regras do direito sucessório em relação aos bens armazenados em ambiente virtual, debatendo-se sobre a questão dos herdeiros quanto à sucessão de bens e conteúdos digitais deixados pelo falecido.

Posteriormente, o estudo incide sobre a Lei Geral de Proteção de Dados e suas peculiaridades. O trabalho também dá enfoque às redes sociais, especialmente ao Facebook, discorrendo sobre as alternativas que tal rede proporciona aos herdeiros quando do falecimento de um ente querido.

O capítulo seguinte se debruça sobre o posicionamento das correntes jurisprudenciais em relação ao tema, e posteriormente será abordado a questão da potência da monetização dos ativos virtuais.

Por fim, a pesquisa expõe de forma conclusiva acerca da relevância de uma eficaz previsão normativa que propicie maior segurança jurídica aos direitos dos sucessores, preservando a honra, intimidade e privacidade falecido.

A metodologia baseia-se em pesquisa bibliográfica, compreendendo entendimentos doutrinários, jurisprudenciais sobre o estudo do Direito Sucessório e herança digital.

## **2.DIREITO SUCESSÓRIO**

O direito das sucessões, é tão importante no nosso país, consagrado como direito fundamental, conforme disposto expressamente pelo artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988, cuida da transmissão de bens por ocasião da morte, estando devidamente capitulado o nosso direito à herança.

O direito sucessório é entendido por tanto, como conjunto de princípios, que regulara acerca da transmissão do patrimônio para outro após seu falecimento, ora, essa



transmissão patrimonial englobará obviamente a herança, todo esse complexo de relações jurídicas de créditos, débitos, bens materiais, bens imateriais, e tudo isso vai ser então devidamente transmitido aos herdeiros daquele cidadão que faleceu.

Com as palavras de Clóvis Beviláqua, segue-se:

A sucessão mortis causa ou hereditária é aquela em que há transmissão de direitos e obrigações de uma pessoa morta a outra sobrevivente em virtude da lei ou da vontade do transmissor (BEVILÁQUA, 1932, p. 15).

Carlos Roberto Gonçalves diz:

A palavra 'herança' tem maior amplitude, abrangendo o patrimônio do de cujus, que não é constituído apenas de bens materiais e corpóreos, como um imóvel ou um veículo, mas representa uma universalidade de direito, o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico (GONÇALVES, 2012, p. 32).

Sobre o tema, Sílvio de Salvo Venosa ensina:

Destarte, a herança entra no conceito de patrimônio. Deve ser vista como o patrimônio do de cujus. Definimos o patrimônio como o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. Portanto, a herança é o patrimônio da pessoa falecida, ou seja, do autor da herança (VENOSA, 2013, p. 7).

Assim, por meio da sucessão hereditária, objeto do presente trabalho, é transmitida a universalidade de direito do de cujus aos seus herdeiros.

O Código Civil de 2002 reconhece duas modalidades de sucessão causa mortis: a sucessão legítima e a sucessão testamentária. A sucessão legítima, como o próprio nome insinua, decorre da lei, isto é, da ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do Código Civil de 2002. A sucessão testamentária, por sua vez, decorre da chamada disposição de última vontade do falecido, que, em vida, confecciona testamento ou codicilo elencando aqueles que devem, por sua vontade, sucedê-lo, o que ocorrerá a partir do respeito aos limites legais.

O nosso direito sucessório no Brasil é abraçado a um sistema que é denominado de divisão necessária, pautado na proximidade, qual é a noção de todo o patrimônio que nós temos, o direito passa a régua e nos diz que 50% é legítima e seguirá, portanto a ordem da nossa vocação hereditária, sendo eles, descendentes, ascendentes, cônjuge, e segundo

decisões do STJ e do STF o companheiro também adentrando ao rol de herdeiros legítimos e necessários, sendo assim, os outros 50% estaria na nossa cota disponível, podendo dessa forma, fazer quase tudo que a pessoa quisesse.

A lei traz algumas exceções, mas na média geral é possível que a pessoa transfira esses outros 50% via testamento ou até mesmo um percentual deles via codicilo a quem lhe aprover.

Nesse cenário então que nós passamos a debater se dentro da herança, dentro desse patrimônio sucessivo, estaria a herança digital.

O artigo 1.784 do Código Civil traz, pelo princípio da saisine a transmissão automática dos bens do falecido aos seus herdeiros, sejam legítimos ou testamentários, para garantir o que está constitucionalmente protegido no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal, que é o direito de herança. Nesse sentido, o entendimento doutrinário a seguir esclarece:

A morte é o antecedente lógico, é o pressuposto e a causa; a transmissão é a consequência, é o efeito da morte. Por força de ficção legal, então, em que se fazem coincidir os fatos – causa e efeito- em termos cronológicos, essa é a fórmula do que se convencionou chamar saisine (HIRONAKA, 2003).

Esse direito de herança está intrinsecamente ligado com o direito de propriedade, pois de nada adiantaria o cidadão ter o direito de propriedade, sem ter esse direito de transferência, todavia, o direito sempre se preocupou com essa transmissão patrimonial, sendo um bem imóvel, móvel, valores de investimento em conta corrente ou semoventes, e hoje a realidade do mundo contemporâneo importa em novos pensamentos, sendo eles os bens digitais.

Há uma tendência com os falecimentos ou acidentes envolvendo grandes personalidades, há um aumento de seguidores. Outra situação é quanto aos bens que estão nos arquivos digitais, ou seja, na nuvem, por exemplo, uma pessoa que faz um acervo de uma biblioteca, sabendo do valor que isso importa, como ficaria os seus arquivos quando o seu falecimento? De que forma isso poderia ser tratado no direito das sucessões?

### **3.HERANÇA DIGITAL**

Graças à contínua evolução da sociedade, desenvolve-se o direito vivo, assim denominado tendo em vista o conjunto de regras mutáveis, em razão do direito dinâmico, assim como é o tema da temática do direito digital. Em verdade, o ritmo de evolução tecnológica será sempre mais veloz que o da atividade legislativa (PINHEIRO, 2016, p. 78).

Herança digital é um tema que não existe em nosso ordenamento jurídico, desta forma, se algum familiar tem necessidade de ter acesso às redes sociais, e-mail, youtube, enfim, do usuário falecido, só irá conseguir o acesso digital, por meio de um alvará judicial ou não, o familiar precisa motivar, para que o juiz autorize esse acesso nas redes sociais.

A Herança Digital não inclui apenas as redes sociais, e sim tudo aquilo que está na web, assim como e-mail, conta de lojas, bitcoins, moedas digitais, milhas aéreas, canal no youtube, blog, artigo publicado, loja virtual, e dentro disso tudo, existem as coisas sentimentais e as coisas patrimoniais, e tudo aquilo que é patrimonial, é passado aos herdeiros.

Versando sobre a matéria, Augusto e Oliveira (2015, p. 25) entendem:

No ordenamento jurídico pátrio não há óbice para se permitir a transferência de arquivos digitais como patrimônio, sobretudo quando advindos de relações jurídicas com valor econômico. A possibilidade de se incluir esse conteúdo no acervo hereditário viabiliza, inclusive, que seja transmitido o acervo cultural do falecido aos seus herdeiros, como forma de materializar a continuidade do saber e preservar a identidade de um determinado sujeito dentro do seu contexto social (AUGUSTO; OLIVEIRA, 2015, p. 25).

Por fim, Tartuce (2020) aduz que no âmbito da herança digital, fala-se em testamento em sentido amplo, sendo certo que a atribuição de destino de tais bens digitais podem ser feitos por legado, por codicilo – se envolver bens de pequena monta, como é a regra –, ou até por manifestação feita perante a empresa que administra os dados.

#### **4. VALOR PATRIMONIAL**

Tudo que tem valor patrimonial, diz a respeito de um bem, desta forma, quando é feito o inventário do usuário falecido, são incluídos seus bens digitais, onde o juiz vai deferir para que esses bens sejam transferidos para os herdeiros. Nesse sentido:

Os arquivos digitais, que cada vez mais fazem parte do cotidiano das pessoas, independem de maior regulamentação específica para serem admitidos no direito brasileiro, eis que encontram guarida como subespécies dos bens incorpóreos, e como tal devem receber a exata proteção que estes recebem, podendo ser objeto de negociação entre as pessoas e de defesa do Estado, quanto a ataques internos [...] (AUGUSTO; OLIVEIRA, 2015, p. 8)

## 5. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O direito brasileiro é lacunoso em relação a um diploma específico sobre o tema, tendo em andamento alguns projetos, porém longe de serem concretizados. No final de novembro do ano de 2019, esses projetos voltaram a ganhar notoriedade por conta do falecimento do apresentador de televisão Antônio Augusto Moraes Liberato, conhecido como Gugu Liberato. Após o seu falecimento, houve uma alavancada em suas redes sociais, aumentando a visibilidade, número de seguidores e comentários agradecendo ao apresentador pelo período que ele esteve conosco. Com esse acontecimento, reacendeu o debate: quem iria tomar conta das redes sociais do falecido e todo material digital criado por ele em vida.

Aqui no Brasil a nossa lei é omissa, desta forma, não fica claro o que fazer do ponto de vista da herança digital, ficando dependente ainda de futuras interpretações.

No Brasil, a proteção dos direitos da personalidade é muito ampla. O fato acabou ganhando muita relevância, principalmente com relação a monetização, pois atualmente há muitos influenciadores ou celebridades ganhando milhões de reais com postagens e engajamento em suas mídias digitais, desta forma, surge a questão se deveria haver um tratamento diferenciado do ponto de vista da exploração de uma rede social, no que se diz a respeito de ser onerosa ou não, se haveria um regime que distinguiria as duas situações.

No que se refere às lacunas jurídicas, a falta de concordância de decisões pode terminar por desmoralizar o Poder Judiciário, impedindo a criação de entendimentos consolidados e disseminando a insegurança jurídica, o que resulta em uma ameaça ao próprio Estado Democrático de Direito (FRANÇA, 1973).

Oportuno destacar o esclarecimento de Silva (2005, p. 121):

É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito Clássico. [...] Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas (SILVA, 2005, p. 121).

Do ponto de vista da proteção de dados, não há nenhuma distinção, pois o realmente importa não é a monetização propriamente dita, isso olhando sob a lógica da proteção de dados, pois o realmente importa é o conceito legal do tratamento de dados, ou seja, terceiros utilizando dados de uma pessoa já falecida, seja um herdeiro ou alguém que ele potencialmente tenha instituído dentro de um testamento. A questão que fica é a seguinte: seria necessário que o próprio falecido outorgasse essa autorização, no caso um testamento, não deixando de existir o consentimento para o tratamento de dados pessoais, pois quando fosse ser realizado o gerenciamento da imagem e de outras informações relativas a uma pessoa física estaria falando de um tratamento.

A nossa lei ainda não está em vigor, não temos ainda a nossa autoridade constituída, então a única coisa que os brasileiros podem fazer no momento é ter consciência dessa dificuldade, até porque hoje o mundo migra do ambiente analógico para o digital.

Existe um conjunto normativo bem rigoroso com relação a transferência internacional, a transferência do ponto de vista da Lei Geral de Proteção de Dados é a saída dos dados, deslocamento dos dados a partir do território nacional para outras jurisdições internacionais, então existem regras muito similares ao regulamento europeu, mas elas precisarão ser esmiuçadas, pois o regulamento europeu é super extenso e praticamente tudo está ali devidamente delineado.

A nossa lei acabou utilizando de uma metodologia legislativa muito diferente, ou seja, a nossa lei é muito enxuta e um grande número de dispositivos acabou sendo relegado a autoridade do ponto de vista de como aplicá-los e de como compreender. Desta forma, já há a previsão de quais são os instrumentos que regem a transferência internacional, por exemplo, o primeiro deles é o seguinte: só podem sair os dados do território nacional a partir do momento que se reconheça que o país receptor é considerado adequado. A nossa autoridade nesse particular vai ter que definir quais são os países que são efetivamente adequados sobre seus critérios.

Quando o país não é adequado, existem cláusulas padrão e alguns protocolos que devem ser seguidos. Essas plataformas transitando e transferindo dados, o fato é que, o tratamento propriamente dito, é que está embasado em uma das dez bases legais, que são chamados de requisitos, então se não estiver presente uma das dez hipóteses, não poderá haver o tratamento, e a transferência é uma das modalidades de tratamento (tratamento é tudo aquilo que a pessoa faz com os seus dados pessoais).

Em suma, diante desse novo fenômeno jurídico, faz-se necessário a previsão normativa a afim de suprir as lacunas existentes:

O Direito Civil precisa ajustar-se às novas realidades geradas pela tecnologia digital, que agora já é presente em grande parte dos lares [...] Têm sido levadas aos Tribunais situações em que as famílias de pessoas falecidas desejam obter acesso a arquivos ou contas armazenadas em serviços de internet e as soluções tem sido muito díspares, gerando tratamento diferenciado e muitas vezes injustos em situações assemelhadas. É preciso que a lei civil trate do tema, como medida de prevenção e pacificação de conflitos sociais. O melhor é fazer com que o direito sucessório atinja essas situações, regularizando e uniformizando o tratamento, deixando claro que os herdeiros receberão na herança o acesso e total controle dessas contas e arquivos digitais (MELLO, 2012, p. 1).

## **6.LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS**

O que as pessoas normalmente não pensam é justamente os tópicos colocados acima, que é a questão específica da privacidade, existe essa primeira problemática que é na realidade o seguinte, até que ponto o herdeiro poderia ter acesso, essa é a pergunta intuitiva, as reservas do usuário falecido, aquilo que está em suas redes sociais. Suponhamos que se determine que uma rede social libere uma senha para que alguém continue tendo acesso ou ainda que possibilite a criação de uma nova senha, mas ainda assim que libere o acesso, certamente essa pessoa vai conseguir chegar a uma série de informações que não são exteriorizadas de uma maneira voluntária pelo usuário falecido, porém o problema não se restringe a isso, pois especificamente, na realidade existe uma questão antecedente que é as Leis de Proteção de Dados, que protegem ou não as pessoas falecidas?

A Lei Geral de Proteção de Dados é a lei nº 13.709, aprovada em agosto de 2018 e que entrou em vigor a partir de agosto de 2020. A LGPD regulamenta o tratamento de informações relacionadas às pessoas físicas apenas. Ou seja, não se aplica aos dados de pessoas falecidas e de pessoas jurídicas.

## **7.LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS NO ÂMBITO EUROPEU**

A nossa lei é muito similar ao Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, que abrange os vinte e oito países da União Europeia e mais três países na composição geral da EEA (Espaço Econômico Europeu), esses outros três países são Liechtenstein, Noruega e Islândia e mais os vinte e oito que compõe a União Europeia. É definido que as pessoas falecidas não estão no escopo do regulamento europeu, que é uma lei que vale de uma maneira uniforme para todos os países.

No entanto, muito embora o regulamento europeu traga uma homogeneidade de regramento em proteção de dados para todos esses países, há alguns dispositivos, que o legislador para que cada um dos países fizesse a própria regulamentação e esse aspecto é especialmente um deles, existem outros aspectos, ou seja, embora o texto da lei diga no sentido geral, que as únicas pessoas protegidas pela Lei Geral Europeia são as pessoas naturais vivas, que as pessoas corporativas jurídicas estão fora, ainda assim é possível que os países legislem de uma maneira diferente, desta forma, se tentará buscar uma adequação da legislação local a um aspecto muito sensível que se diz respeito justamente ao direito da personalidade, a proteção do falecido com relação a alguns direitos.

## **8.LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS NO ÂMBITO EUROPEU**

O brasileiro é muito afeto às redes sociais, estando no ranking de usuários de redes sociais no mundo todo, dentre os tops daqueles que se utilizam. Desta forma, é fato que nos últimos anos vem surgindo a figura do blogueiro, aquele que passa a se utilizar das redes sociais e se torna uma espécie de personalidade nas redes, e a partir da sua persuasão, com um grande número de seguidores passa se tornar um influenciador, desta forma, persuadindo as pessoas a comprarem bens ou fazerem propagandas de determinados segmentos e assim por diante, e obviamente reúne na respectiva rede social um grande número de seguidores, que comentam suas postagens, que o seguem e o acompanham.

As ferramentas de redes sociais no Brasil são extremamente difundidas, apenas para citar algumas delas, desde o Orkut passando pelo Facebook, hoje o Instagram, LinkedIn e tantas outras ferramentas. Ferramentas de nicho, como LinkedIn que é voltado mais para questões profissionais, o Instagram voltado para questões gerais.

O uso das redes sociais no Brasil tem aumentado a cada ano, em consequência do aumento dos usuários com acesso à internet. O Brasil é o país que mais está conectado nas redes sociais em toda a América Latina. Cerca de 88% da população brasileira acessa o YouTube, Facebook, Twitter, Instagram, Snapchat, Pinterest e LinkedIn. Desta forma, os brasileiros seguem outras pessoas em suas redes sociais, admirando-as e eventualmente sendo influenciados pela opinião dessas pessoas, ainda que indiretamente.

Há uma clara influência digital e isso já é percebido há bastante tempo, as próprias redes sociais oportunizam o usuário a ter um perfil profissional em sua rede social.

Por mais que ainda as redes sociais não autorizem o acesso após a morte do usuário, cada um tem sua política, desta forma, o interessado poderá judicializar a questão.

### **8.1 Conta do Facebook**

Como dito, o direito brasileiro é lacunoso sobre o tema, e diante da lacuna, temos debates judiciais acerca do assunto e regramentos contratuais das próprias redes sociais, muitas delas permitem que haja a opção de um perfil chamado em memória, no qual o usuário não tem o uso do perfil, obviamente, mas mantém os comentários anteriores e é permitido o acesso ao perfil pelos amigos e entes queridos do falecido, podendo eventualmente fazer algum tipo de postagem.

No Facebook há duas opções, o usuário pode escolher que a sua conta seja automaticamente desativada, após a sua morte ou que ela seja transferida a uma terceira pessoa que ele pode escolher em vida, não necessariamente um herdeiro. Após o falecimento de um ente querido, a família, ou até mesmo os amigos podem indicar o falecimento pela própria internet e a conta do usuário falecido será transformada em um memorial. A transformação deste perfil em memorial impede que outras pessoas entrem na rede com a senha do falecido e facilita a administração desse perfil do falecido pelo herdeiro, de modo que ele pode aceitar solicitações realizadas, por exemplo.

As redes sociais são grandes grupos econômicos e acabam fazendo contratos que transitam no globo terrestre, por exemplo, o Facebook, está no Brasil, Estados Unidos, Europa. Eles têm um contrato padrão, contrato este que transita. Cada micro racionalidade vai precisar fazer as suas respectivas adequações a tempo e modo, para se verificar dentro do ponto de vista jurisprudencial de como proceder, se vai ser dar a proteção de dados ou se irá transmitir.

## 8.2 Do Acesso às Redes Sociais

Quando um usuário falece, a sua família não tem acesso automático as suas redes sociais, a não ser que ele tenha deixado sua senha ou o acesso. Para a família do falecido ter acesso, é necessário entrar com pedido de alvará para que o juiz determine o acesso, após o juiz notificar a rede social para que libere o acesso aos familiares.

## 9. CONTEÚDO PRODUZIDO EM VIDA

Outra questão a ser debatida é quanto ao conteúdo que os usuários produzem em vida, como vídeos, conteúdos em redes sociais e blogs, por exemplo, e ainda, como ficam aqueles arquivos, fotografias e tudo mais que está em nuvem, afinal, a quem pertence esse conteúdo após a morte do usuário?

Atualmente, não existe legislação específica sobre essas questões, o recomendável é que o usuário entre em cada rede social, em cada site e leia as políticas daquele site para ter ciência de como pode prosseguir e sobre a questão da legislação existe atualmente um projeto de lei de 2012 tramitando na câmara dos deputados que pretende inserir legislação específica, o projeto menciona que serão transmitidos aos herdeiros todo o conteúdo



produzido em vida, o projeto insere a seguinte regra na legislação, que serão transmitidos todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança de forma que o direito precisa se ajustar as tecnologias digitais, pois elas já são realidade na vida das pessoas.

Sobre a relação das empresas com a questão da herança digital, aduz Silva (2014, p. 38):

Algumas empresas oferecem serviços de gerenciamento de contas online e conteúdos digitais, onde em vida o seu usuário pode fazer uso de seus serviços de guarda e gerenciamento, e após sua morte encaminhar a seus herdeiros digitais o conteúdo que deseja que eles tenham acesso. Principalmente nos EUA o serviço não é tão inovador assim, já existem empresas que realizam o serviço de guarda de informações, e que após o falecimento enviarão um e-mail contendo as informações que o falecido queria que fossem entregues (SILVA, 2014, p. 38).

## **10. ENTENDIMENTO DAS CORRENTES**

Existem duas correntes, uma protege os direitos particulares, o direito individual do usuário falecido e diz que os meus familiares não tem que acessar as redes sociais, pois se o falecido não deixou sua senha enquanto estava vivo, é porque ele não queria permitir esse acesso. Já outra corrente diz que sim, que é uma herança e o cônjuge ou os herdeiros do falecido tem direito de ter o acesso às redes sociais.

Alguns juristas entendem-se que não pode ser passado automaticamente todo um acervo digital para os herdeiros, pois existem bens em vida ou após a morte que projetam a privacidade e intimidade do usuário. Desta forma, surge a seguinte questão: quando o usuário morre, os seus direitos da personalidade, que são aqueles direitos pela condição que ele é um ser humano, sendo eles, nome, imagem, identidade, intimidade, privacidade, entre outros, que são direitos da personalidade, que são direitos existenciais, eles fazem parte do usuário da sua existência como ser humano.

Desta forma, quando a pessoa se torna pessoa humana, o direito lhe atribui personalidade e essa personalidade vai trazer um conjunto de direitos e deveres, para a pessoa viver em sociedade.

Nessa perspectiva, existe uma corrente que diz que quando a pessoa morre, ela não tem mais personalidade, então os direitos da personalidade terminariam no momento

em que o usuário faleceu. Só que existe uma outra corrente, que afirma que alguns direitos da personalidade se projetam após a morte.

De forma conclusiva, percebe-se que há dificuldades em solucionar as lides relacionadas à questão da sucessão do patrimônio digital:

O desafio trazido por essa digitalização das relações sociais é garantir a aplicabilidade das normas do direito sucessório ao patrimônio digital, desde que os direitos individuais (intimidade e privacidade, por exemplo) não sejam afetados, ou seja, o direito deve acompanhar essa evolução para que não haja carência de proteção (SANZI, 2018).

## **11.CASO CONCRETO**

No estado de Minas Gerais, um juiz negou o acesso da mãe ao facebook da filha que tinha cometido suicídio, não deixando a mãe entrar nas redes sociais e nem que tivesse acesso. A mãe na verdade queria entender o porquê de a filha ter cometido aquele ato, mas não lhe foi permitido.

Já em outro estado, o juiz permitiu o acesso da mãe as redes sociais, não só da mãe, como também da polícia para realizar uma investigação do usuário que tinha sido assassinado.

Atualmente, nota-se que algumas empresas têm se posicionado quanto à negativa de desbloqueio do acesso da conta ou aparelho do falecido, não permitindo a transferência de dados e senhas aos herdeiros, ou até mesmo serviços e arquivos adquiridos, sob alegação de proteção à intimidade e privacidade do usuário, adotando uma política de segurança e privacidade rígida e bem estruturada. Por conseguinte, o argumento dessas empresas recai no âmbito da segurança e privacidade, defendendo que não armazenam nenhum tipo de dado, mesmo que essa decisão acabe por inviabilizar a utilização do aparelho ou o serviço. Diante dessa recusa, não resta alternativa aos herdeiros senão buscar a via judicial para tanto (SANZI, 2018).

## **12.BENS MATERIAIS**

Herança é o complexo de relação jurídica de uma pessoa que é formada após o seu falecimento, onde há a transmissão dos seus bens materiais, bens imateriais, créditos e débitos aos seus sucessores legais.

Os bens imateriais podem ser as marcas, propriedades intelectuais, e esses bens imateriais estão cada vez mais valorizando, na nossa dinâmica capitalista, essa ideia de mercado de consumo amplificado nos traz uma noção de precificação desses bens imateriais extremamente larga

Assevera-se a conceituação de bens digitais:

São aqueles que podem ser processados e armazenados em dispositivos eletrônicos. Ademais, no testamento de bens digitais podemos deixar instruções claras sobre o destino de nossos bens digitais: nossas senhas de acesso aos sites, e-mails e redes sociais; um inventário prévio de nosso patrimônio digital; e até mesmo os contatos que os sucessores devam realizar para acessar a esse patrimônio, tais como os endereços eletrônicos, telefones de contato de alguma empresa contratada previamente para inventariar todo o nosso acervo digital (LARA, 2016, p. 32).

Até o ano 2000 praticamente quase 100% dos bens eram físicos, tirando direitos autorais, alguns bens materiais, mas tinha uma quantidade muito maior de bens físicos, e com a evolução da computação e após a revolução da cibernética, surge um conjunto de bens digitais.

### **13.POTÊNCIA DA MONETIZAÇÃO DE ATIVOS VIRTUAIS**

Em fato trágico, como citado acima, o apresentador de televisão de enorme sucesso, Gugu Liberato, veio a falecer repentinamente, deixando, dentre outros ativos digitais, uma conta junto à plataforma Instagram contando com 1.908.277 seguidores. Nos dias que se sucederam ao trágico evento, a conta obteve um crescimento de mais de 55%.

O potencial de monetização da conta havido post mortem traz questões ainda mais complexas, principalmente sobre a sucessão da titularidade do ativo digital e a remuneração de postagens que, em casos como este, podem chegar à 50 mil reais cada.

As pessoas normalmente tem tratado já nos últimos anos das questões efetivamente sucessórias, toda essa problemática citada a cima e parece bastante intuitivo que o patrimônio imaterial das redes sociais, muitas delas também nem são tão imateriais assim ao ponto de vista do resultado, uma vez que, imaterial do ponto de vista de não ser corpóreo, mas elas são muito das vezes monetizadas e tem até quem questione essa própria conceituação de imaterialidade do ponto de vista de abranger não só a parte corpórea especificamente dentro de uma doutrina tradicional que se distingue o que é um bem corpóreo, físico, palpável, mas também daquele bem que seria materialmente, vamos dizer assim, aferível por questões clássicas do ponto de vista financeiro propriamente dito, por incrível que pareça existe também essa novidade interpretativa, assim como se dar também com relação a todas as questões de propriedade intelectual.

Alguns influenciadores digitais, já tem uma preocupação com aquele acervo digital, desta forma, é importante que eles se preocupem em exteriorizar isso do ponto de vista de um testamento, ou algum documento, que possa vir a ser validado pela autoridade judicial, do ponto de vista de externar o consentimento para que haja o tratamento dos seus dados pós morte, principalmente no campo específico das redes sociais. Necessário elucidar a questão da seguinte forma:

Considerando que determinados bens digitais podem envolver a privacidade do falecido (i.e., mensagens eletrônicas, protegidas por senha antes de sua morte, passam a ser acessíveis aos herdeiros, após o seu falecimento) e que nem sempre é intenção deste que os herdeiros tenham acesso a tais conteúdos digitais, é importante que o titular determine por escrito sua vontade com relação ao acesso e utilização de tais bens, se possível por meio de um testamento (STACCHINI, 2013).

A ausência de planejamento obviamente diante de tamanha lacuna legislativa e polêmica acaba gerando dificuldades na solução do tema.

#### **14. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A existência da pessoa natural termina com a morte, entretanto, os direitos da personalidade não necessariamente terminam com a morte do indivíduo. O direito civil pátrio atribui grande proteção à sua tutela, resguardando direitos subjetivos do *de cujus*, como seu direito a imagem, privacidade e honra.

Quanto à sucessão do patrimônio digital do *de cujus*, o cenário legislativo brasileiro não possui norma específica para a questão da herança digital. Por consequência, faz emergir um conflito jurídico não solucionado.

Nota-se por meio desta pesquisa a grande importância do valor econômico do acervo digital como nova forma de patrimônio.

Não havendo disposição de última vontade, a decisão do magistrado deve pautar-se na jurisprudência, adotando-se a decisão mais razoável e proporcional ao caso concreto, respeitado os mandamentos constitucionais e os direitos da personalidade, inclusive o direito à privacidade.

O ordenamento jurídico pátrio possui muitas lacunas, sendo necessário a devida regulamentação quanto à sucessão de ativos digitais, garantindo maior segurança aos seus jurisdicionados.

Tendo em vista o cenário atual sobre o tema em comento, sem vinculação legislativa específica e jurisprudência divergente correlata regulamentando a herança digital, vê-se que parte considerável do patrimônio digital, inclusive redes sociais, podem até ser perdidas e ficarem sem efeito com a morte do titular em detrimento de seus sucessores.

## REFERÊNCIAS

AUGUSTO, N. C.; OLIVEIRA, R. N. M. **A possibilidade jurídica da transmissão de bens digitais "causa mortis" em relação aos direitos personalíssimos do "de cujus**. In: Congresso Internacional de Direito e contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. 2015, Santa Maria. Anais, Santa Maria, 2015. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-16.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2020.

BEVILACQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Freitas Bastos, 1932.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. São Paulo: RT, 1973.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria. **Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 de maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4093>>. Acesso em: 13 set. 2020.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. Porto Alegre: S.C.P., 2016.

MELLO, Jorginho. **Projeto de Lei Complementar n.º 4.099/12**. 2012.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. v. 6. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

SANZI, Júlia. **Herança digital e direito sucessório**. Colégio Notarial do Brasil. Disponível em: <<https://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTY3MDY=&filtro=1>>. Publicado em: 21 ago. 2018. Acesso em: 15 set. 2020.

STACCHINI, Fernando F. **Herança digital**. UOL, Última Instância, 2013. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/66633/heranca+digital.shtml>>. Acesso em: 3 set. 2020.

SILVA, Jéssica Ferreira da. **Herança digital**: a importância desta temática para os alunos da Faculdade de Informação e Comunicação da Universidade Federal de Goiás. Universidade Federal de Goiás. Faculdade de Informação e Comunicação. 2014.

## A INVIABILIDADE CONSTITUCIONAL DA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL

**RAPHAEL LEITE DE CASTRO:**

Analista Tributário da Receita Federal do Brasil. Bacharel em Direito. Pós-graduado em Direito Processual Civil.

**Resumo:** O instituto da prescrição intercorrente, muito antes de ser inserido no ordenamento jurídico brasileiro, surgiu no bojo da doutrina e da jurisprudência, pois necessitava-se de um mecanismo apto a dar maior celeridade aos processos judiciais, adormecidos nas morosas instâncias judiciais, aguardando a localização de bens dos executados para penhora, ou mesmo a sua citação. Formalmente, a prescrição intercorrente nasceu no ordenamento jurídico tributário com o advento da Lei nº 11.051, de 2004, que modificou a Lei das Execuções Fiscais (LEF), introduzindo nesta o parágrafo 4º ao artigo 40. Nesse contexto, há quem defenda a constitucionalidade desse parágrafo, por acreditarem que foi uma mera positivação de um comportamento reiterado dos nossos tribunais, embasado em princípios jurídicos, como o da celeridade processual e razoável duração do processo. Entretanto, para que o comportamento reiterado se incorpore ao mundo jurídico sob a forma de lei, submetendo-se ao processo de positivação de normas, deve-se obedecer, estritamente, os procedimentos legislativos definidos na Constituição Federal, sob pena de se criar um estado de insegurança jurídica. Portanto, este artigo tem por objetivo demonstrar a inconstitucionalidade formal objetiva da decretação *ex officio* da prescrição intercorrente do crédito tributário, durante a propositura das ações de execução fiscal.

**Palavras-chave:** Inconstitucionalidade. Prescrição Intercorrente. Crédito Tributário. Execução Fiscal.

**ABSTRACT:** The institute of intercurrent prescription, long before it was inserted in the Brazilian legal system, emerged in the midst of doctrine and jurisprudence, as a mechanism was needed to speed up the lawsuits, asleep in the slow judicial instances, waiting for the location of assets of those executed for seizure, or even their summons. Formally, the intercurrent prescription was born in the tax legal system with the advent of Law nº 11.051, of 2004, which modified the Law of Tax Foreclosures (LEF), introducing in this paragraph 4 to article 40. In this context, there are those who defend the constitutionality of this paragraph, because they believe that it was a mere affirmation of the repeated behavior of our courts, based on legal principles, such as procedural speed and reasonable duration of the process. However, for the repeated behavior to be incorporated into the legal world in the form of law, submitting to the process of positivization of norms, the normative

procedures defined in the Federal Constitution must be strictly obeyed, under penalty of creating a state. of legal uncertainty. Therefore, this article aims to demonstrate the objective formal unconstitutionality of the ex officio decree of the intercurrent prescription of the tax credit, during the filing of tax enforcement actions.

**Keywords:** Unconstitutional. Prescription intercurrent. Tax Credit. Tax Enforcement.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. NORMAS GERAIS EM DIREITO TRIBUTÁRIO: EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR PELA CF/88. 3. A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. 3.1 ABORDAGEM HISTÓRICA. 3.2 CONCEITO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. 3.3 A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E O ARTIGO 40 DA LEI 6.830/80. 4. ADEQUAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE TRIBUTÁRIA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. 4.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. 4.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS A CONSTITUCIONALIDADE DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO FISCAL. 4.3. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO FISCAL. 4.4 A REPERCUSSÃO GERAL DADA AO RE N° 636562 DO STF. 5. A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STJ E O ART. 40 DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL. 6. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL OBJETIVA DO § 4º, ART. 40 DA LEF. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

## 1. INTRODUÇÃO

A prescrição intercorrente é um conceito jurídico recente no ordenamento legal brasileiro, e em especial no Direito Tributário. Embora a expressão seja empregada tanto na esfera administrativa como na esfera judicial, o presente artigo abordará a análise do instituto apenas em sede de execução fiscal, explorando, de forma específica, a prescrição intercorrente prevista no parágrafo 4º do artigo 40 da Lei nº 6.830/1980, mais conhecida como a Lei das Execuções Fiscais, ou simplesmente LEF.

O citado parágrafo 4º, da Lei 6.830/1980, disciplina que: “se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”. (LEF, 1980). No entanto, a Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu artigo 146, inciso III, letra b, reservou à lei complementar (LC) o tratamento de matéria relacionada à prescrição tributária (BRASIL, 2018). Assim, o tema tornou-se objeto de grande debate jurídico, pois a LEF, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e que, atualmente, trata expressamente da prescrição intercorrente, é uma lei ordinária, o que revela certa incoerência com preceitos explícitos da Carta Magna.



Diante disso, o objetivo primordial desse artigo será a análise da viabilidade constitucionalidade ou não da decretação *ex officio* da prescrição intercorrente do crédito tributário, no curso de execuções fiscais. Ademais, analisar-se-á o posicionamento moderno de Tribunais Superiores como o STJ, bem como a atual situação do Recurso Extraordinário nº 636562, em que se discute, à luz dos art. 146, III, b, da Constituição Federal, a constitucionalidade ou não, do artigo 40, §4º, da Lei 6.830/1980, sob a alegação de o tema proposto é de regulamentação exclusiva por lei complementar, sendo reconhecida a existência de repercussão geral ao debate.

Para tanto, foi desenvolvida uma pesquisa qualitativa nas bibliografias relevantes, nas jurisprudências dos Tribunais Superiores, na Rede Mundial de Computadores, em revistas e pareceres apropriados ao tema analisado, bem como em teses, artigos e trabalhos acadêmicos pertinentes ao escopo examinado, buscando através de uma análise minuciosa identificar os pontos mais importantes do contexto e formar um conjunto de informações, esclarecendo assim as dúvidas sobre o tema.

## **2. NORMAS GERAIS EM DIREITO TRIBUTÁRIO: EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR PELA CF/88**

A Constituição de 1988 selecionou diversos temas de ordem tributária que somente poderão ser disciplinados por meio de lei complementar. É a chamada reserva de lei complementar. (MAZZA, 2016, p. 351).

O art. 146, inciso III, alínea b, da CF/88 prevê que cabe à lei complementar, dentre outras funções, estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários. (BRASIL, 2018).

Portanto, o texto constitucional expressamente definiu as funções acima à lei complementar. De fato, cabe a esse instrumento legislativo, do ponto de vista material, a função de complementação geral da Constituição, seja através da criação de normas ou apenas com a operacionalização de seus institutos. Nesse sentido, o professor Eduardo Sabbag (2019, p. 998) ressalta que a “lei complementar visa “complementar” uma norma constitucional não autoexecutável, ou seja, visa explicar norma despida de eficácia própria, sujeitando-se à aprovação, no Poder Legislativo, por maioria absoluta(...)”.

O art. 69 da CF/88 menciona que: “as leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta” (BRASIL, 2018). De fato, tal quórum qualificado, conforme previsto,

pressupõe a existência de um maior consenso entre os parlamentares do que o necessário para a aprovação de uma lei ordinária e, portanto, uma maior dificuldade na aprovação de certas matérias sensíveis, conferindo uma estabilidade adicional para os temas reservados à lei complementar. (MAZZA, 2016, p. 68). Portanto, é de fácil percepção que a aprovação de uma lei complementar demanda maior esforço do legislativo, o que a torna, naturalmente, mais estável em face da eventual tentativa de modificação ulterior.

Destarte, segundo Sacha Calmon Navarro Coêlho:

(...) as normas gerais de direito tributário, veiculadas pelas leis complementares, são eficazes em todo território nacional, acompanhando o âmbito da validade espacial destas e se endereçam aos legisladores das três ordens de governo da federação, em verdade, seus destinatários. A norma geral articula o sistema tributário da constituição às legislações fiscais das pessoas políticas (ordens jurídicas parciais). São normas sobre como fazer normas, em sede de tributação (...). (COÊLHO, 1992, p. 109).

Vale acrescentar, ainda, que o artigo 24 da CF define a competência concorrente entre os membros da República Brasileira, e aborda em seu § 1º que compete à União, no âmbito da legislação concorrente, limitar-se a estabelecer normas gerais, inclusive no âmbito tributário (BRASIL, 2018). Portanto, tais normativos são editados pela União, através do Congresso Nacional, no intuito de estabelecer regras de convivência pacífica entre os entes federativos, determinando que quando todos forem competentes para legislar sobre determinado assunto, dentro do âmbito de sua competência local, torna-se necessário seguir normas gerais padronizadoras e vinculantes, oriundas do legislativo central, e regulamentadas por lei complementar.

Seguindo esse raciocínio, o ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo, proferiu seu voto no **RE 136.215-4/RJ**:

(...). Nessa condição formal, a lei complementar, que veicula regras disciplinadoras do conflito de competências tributárias e que dispõe sobre normas gerais em direito tributário, evidencia-se como espécie normativa que, embora necessariamente obediente às diretrizes traçadas pela carta da República, constitui manifestação superior da vontade jurídica do próprio Estado Federal. A autoridade dessa lei complementar – cuja gênese reside no próprio texto da Constituição – vincula, em sua formulação normativa, as pessoas políticas que

integram, no plano da Federação Brasileira, a comunidade jurídica total. (...)

Sendo assim, as leis ordinárias emanadas pelo Congresso Nacional, como regra, veiculam normas federais, isto é, comandos aplicáveis somente ao âmbito da União. Ao passo que as leis complementares originárias do legislativo federal, geralmente, são veículos introdutórios de normas materialmente nacionais, vale dizer, obrigatórias simultaneamente para todas as entidades federativas. (MAZZA, 2016, p. 351). Nessa linha, o professor Eduardo de Moraes Sabbag (2019, p. 753), ao discorrer sobre as competências legislativas dos entes estatais, pondera que:

(...) a União, valendo-se da lei complementar, apenas adensa o desenho constitucional, evitando “descer a detalhes”, o que poderia desconjuntar os princípios federativos, da autonomia municipal e da autonomia distrital. Não é demasiado lembrar que, uma vez editada a lei complementar, os Estados e o Distrito Federal poderão também editar normas que cuidem da mesma matéria, exercendo sua *competência suplementar* na busca do atendimento das peculiaridades específicas (art. 24, § 2, CF).

Dessa forma, Estados e o Distrito Federal utilizam como regra no âmbito do Direito Tributário a lei ordinária para legislar de forma suplementar e residual. A justificativa é que essa espécie normativa do direito exige regras mais flexíveis para sua aprovação do que as regras exigidas para aprovação da lei complementar geral.

Contudo, Eduardo de Moraes Sabbag (2019, p. 741) esclarece que, apesar do legislador originário ou reformador ter atrelado à lei complementar a disciplina de matérias de especial importância, para cujo regramento seja prudente a obtenção de maior consenso legislativo, pois tais relações encerram situações vocacionadas à instabilidade na relação jurídico-obrigacional tributária, o instituto normativo da LC não pode extinguir normas já consagradas no texto da Lei Maior, como, por exemplo, extinguir a prescrição, sob pena de ser decretada a sua inconstitucionalidade.

Por fim, a lei com *status* de complementar que trata de normas gerais sobre direito tributário é o Código Tributário Nacional (CTN), Lei nº 5.172 de 1966. Embora o CTN tenha sido criado por meio de lei ordinária, ele foi recepcionado pela Constituição da República

como sendo norma materialmente pertencente à lei complementar. Nessa linha, o professor Alexandre Mazza (MAZZA, p. 62) argumenta que:

“(...) o Código Tributário foi recepcionado, pelo Texto de 1988, como lei complementar. Seus temas, assuntos, matérias são reservadas à lei complementar. Daí falar-se que o CTN tem natureza **dúplice ou híbrida**, na medida em que é formalmente lei ordinária, mas materialmente lei complementar”. (Grifo nosso)

Relevantes são os ensinamentos dos estudiosos Hugo de Brito Machado e Luciano Amaro que, respectivamente, discorrem sobre a mudança de status sofrida pelo CTN:

Na verdade, o Código Tributário Nacional continua sendo uma lei ordinária. Ocorre que ele trata de matéria que, hoje, está reservada a lei complementar. Matéria que hoje somente por lei complementar pode ser tratada. Assim, é evidente que seus dispositivos que tratam de matéria privativa de lei complementar, só por essa espécie normativa podem ser alterados. (2004. p.86.)

Ocorre, porém, que, exigindo a nova Constituição um modelo legislativo diferenciado, para cuidar das matérias reguladas na lei anterior, a alteração da disciplina legal dessas matérias passa a só poder ser tratada nos moldes da nova forma constitucionalmente definida, o que põe a lei anterior no mesmo nível de eficácia da norma que a nova Constituição exige para cuidar daquelas matérias. (2003. p.167)

Sendo um instrumento materialmente complementar, conforme visto acima, o CTN em seus artigos 156, inciso V, e 174, disciplinou a prescrição tributária, atendendo à determinação constitucional do artigo 146, III, alínea b, conferindo-lhe a importância devida, pois o assunto é de interesse de todos os entes políticos da Federação, o que requer um maior rigor no disciplinamento das situações jurídicas que envolvam a prescrição tributária. Nesse sentido, é a jurisprudência pacificada no Supremo Tribunal:

EMENTA: **PRESCRIÇÃO** E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. **MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.** NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. **As normas relativas à prescrição e à decadência tributária têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, b, da CF de 1988).** Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. **O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias” (...), (RE 560626, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-232 DIVULG 04-12-2008 PUBLIC 05-12-2008 EMENT VOL-02344-05 PP-00868 RSJADV jan., 2009, p. 35-47)**

Assim, a prescrição em matéria tributária está expressamente prevista no CTN, como matéria afeta à reserva legal complementar, nos termos do artigo 146, III, b da CF de 1988. Porém, a Lei de Execuções Fiscais, que compreende o art. 40 aqui debatido, é originalmente lei ordinária. Vale ressaltar que a LEF nasceu como lei ordinária e foi recepcionada pela nova ordem constitucional de 1988 com o mesmo status, permanecendo assim até os dias atuais.

Por fim, o CTN - nossa lei de normas gerais tributárias, gozando de supremacia em relação às normas gerais em matéria tributária, pois desfruta de status de lei complementar em razão da aplicação do princípio da recepção constitucional das normas, somente poderá ser alterado do por nova lei complementar ou pelas normas que lhe forem hierarquicamente superiores. (SABBAG, 2019, p. 998).

### **3. A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO**

### 3.1 Abordagem histórica

A paralisação da ação executiva fiscal, seja por conta de não ter sido encontrado o devedor ou seus bens para a satisfação do crédito fiscal, ou mesmo quando em virtude da inércia da autoridade tributária em dar o devido andamento ao processo, tem sido objeto de grande debate na doutrina e jurisprudência brasileira.

Nesse contexto, advém o artigo 40, *caput* e § 2º, da LEF, os quais preveem a suspensão da execução por um ano na hipótese de não localização do devedor ou bens penhoráveis e após o transcurso desse prazo, deve o juiz ordenar o arquivamento dos autos. (LEF, 1980). Fazendo uma interpretação literal desses dispositivos, concluímos que a citada suspensão, promoverá também a suspensão da prescrição, pelo mesmo período de um ano. Seguindo esse raciocínio, o professor Rinaldo Mouzalas (2016, p.902), em seu curso de direito processual civil, esclarece que “essa conclusão decorre do § 2º do art. 40 da Lei nº 6.830/80 (que estabelece a suspensão de até 1 ano sem iniciar a contagem do prazo prescricional) em combinação com o art. 174 do CTN (que estabelece o prazo prescricional de 5 anos para a cobrança do crédito tributário).”

A celeuma jurídica, no entanto, consiste na interpretação em conjunto do *caput* com os preceitos do § 3º do referido art. 40 da LEF. Segundo o *caput*, durante a suspensão da execução não correrá o prazo prescricional, e para o § 3º será possível o desarquivamento da execução, a qualquer tempo, caso sejam encontrados bens do devedor passíveis de penhora. (LEF, 1980). Soma-se a esses dois dispositivos o art. 174, inciso I, do CTN, que determina a suspensão do prazo prescricional com o despacho do juiz que ordenar a citação do devedor (CTN, 1966). Pronto, estaríamos diante de um cenário de postergação eterna da execução fiscal, passando uma impressão de imprescritibilidade da ação executiva fiscal, criando, assim, um cenário de deletéria insegurança jurídica (SABBAG, p. 1030).

De qualquer maneira, após o arquivamento previsto no citado § 2º, tem início do que se convencionou chamar de prescrição intercorrente, em que, após transcorrido o prazo prescricional, sem que fossem localizados o devedor ou achados bens penhoráveis deste, ocorreria a extinção do crédito tributário.

Tanto o STJ como o STF, ainda na década de 1980, acabaram por acolher a tese da prescrição intercorrente nos casos de arquivamento superior ao período quinquenal:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CTN. ART. 174. LEI 6.830/80, ART. 40. As disposições do art. 40, e seus

parágrafos, da Lei 6.830/80, devem ser interpretadas em harmonia com o princípio geral da prescrição tributária contido no art. 174 do Código Tributário Nacional, que é lei complementar. Esse entendimento de afastar a prescrição por tempo indeterminado, se assenta no princípio de que deve haver um momento de estabilidade jurídica, geradora da paz social, que é objetivo primordial do Poder Judiciário, e esta estabilidade, em termos de prescrição da ação para a cobrança do crédito tributário, se assenta no art. 174, fixada em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva, só interrompida nas hipóteses que enumera seu parágrafo único, não incluída nestas as do art. 40 da Lei 6.830/80. Recurso conhecido e provido. (STJ. 1ª Turma. REsp 1.942/PR, rel. Min. José de Jesus Filho. J. 05.11.1990.)

Ementa: Execução fiscal. Arquivamento. Prescrição. O art. 40 da Lei 6.830/80 é silente quanto ao prazo máximo de suspensão do curso da execução. Todavia, cumpre afastar interpretação que identifique à imprescritibilidade. Analogicamente, considerar-se-á o prazo de um ano. (STJ. 2ª Turma. Resp. 6.783/RS, rel. Min. Vicente Cernicchiaro. J. 17.12.1990.)

**EMENTA: PRESCRIÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR.** O pedido de parcelamento do débito fiscal importa em interrupção da prescrição (CTN, art. 174, parágrafo único, inciso IV). Determinada a citação do devedor, antes de fluir o quinquênio prescricional, e expedido o mandado de citação, nenhum requerimento formulou o credor, desde o despacho ordenando a citação, com vistas a prorrogar-se o prazo indispensável a sua realização, nada reclamando contra a demora no cumprimento do mandado. Aplicação do art. 219, §§ 3º e 4º, do CPC, em ordem de ter-se como insubsistente o antecipado efeito da interrupção da prescrição. Inércia do credor caracterizada. Negativa da vigência do art. 174, do CTN. Prescrição consumada. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF. 1ª Turma. RE 99.867-5/SP, rel. Min Neri da Silveira. J. 30.04.1984.)

Porém, apenas duas décadas depois da consolidação desse entendimento nos tribunais superiores, vem a legislação tributária acompanhar o posicionamento jurisprudencial, por meio do art. 6º da Lei 11.051/2004, que acabou por acrescentar o parágrafo 4º ao art. 40 da LEF.

Até antes da publicação do referido § 4º, para resolver as lides, os juízes podiam utilizar técnicas de integração e interpretação do Direito, em razão da omissão da lei quanto à prescrição intercorrente, a exemplo do previsto nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/1942), tais como a analogia, os costumes os princípios gerais do Direito, os fins sociais a que se dirige a lei e as exigências do bem comum.

Contudo, com advento do citado § 4º, a atividade do juiz ficou vinculada à lei, em razão do princípio da legalidade, e suas decisões pautar-se-iam nos limites legais e constitucionais vigentes. Nesse ponto, o professor Eduardo Sabbag (2019, p. 1031) discorre que:

“Com o art. 6º da Lei n. 11.051/2004 (...) foi possível demarcar uma data limítrofe para a suspensão das execuções fiscais, permitindo-se ao juiz das execuções, na busca da estabilização dos conflitos e da necessária segurança jurídica aos litigantes, pronunciar-se de ofício sobre a prescrição – a chamada prescrição intercorrente –, o que antes lhe era defeso, por se tratar de direito patrimonial, em razão do art. 219, § 5º do CPC (...)”

Nessa linha, é o entendimento doutrinário do estudioso Humberto Theodoro Júnior (2018, p. 80):

A regra inovadora consta do § 4º do art. 40, da Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/1980), que foi acrescentado pela Lei n. 11.051/2004. Com esse dispositivo, duas questões problemáticas foram superadas: a admissibilidade da prescrição intercorrente no curso do processo judicial e sua decretabilidade de ofício pelo juiz. A regra é especial e agora foi estendida às obrigações civis, em razão da revogação do art. 194, do Código Civil. Em estrutura similar à observada na execução fiscal, o Código de Processo Civil de 2015 regulou o procedimento a ser observado para que a prescrição intercorrente seja decretada na execução civil por iniciativa do juiz (art. 921, §§ 1º a 5º). Nada impede, porém, que, havendo requerimento do devedor



(art. 193, do CC), venha o juiz a reconhecer prescrição intercorrente, por abandono da causa pelo credor.

Portanto, o novo § 4º do art. 40 da LEF positivou a certeza do término da demanda executória, resolvendo assim a imperfeição do § 2º do mesmo art. 40, sobretudo, em relação ao lapso temporal do arquivamento administrativo. Com a nova redação do § 4º, esse arquivamento terá prazo definido, isto é, apenas 5 anos, em obediência ao prazo quinquenal de prescrição elencado no art. 174 do CTN.

Outra problemática que o § 4º veio elucidar foi em relação ao § 3º do mesmo artigo, segundo o qual depois de arquivado o processo de execução fiscal, caso surgisse a “qualquer momento” o devedor ou bens penhoráveis, pouco importava o prazo de prescrição descrito no CTN, os autos seriam desarquivados para prosseguimento da execução forçada. De fato, percebe-se uma antinomia entre o § 3º e § 4º, cuja solução é a aplicação do critério cronológico na interpretação dos parágrafos, já que, a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB), disciplina: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, **quando seja com ela incompatível** ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. (LINDB, 1942) (Grifo nosso).

Dessa forma, adiante da aparente incompatibilidade entre as duas normas legais, já que uma tem caráter prescritível (§ 4º), porém, a outra implicitamente transmite a ideia de imprescritibilidade dos créditos tributários da Fazenda Pública (§ 3º), deve prevalecer a inteligência prevista no § 4º do art. 40 da LEF, que tacitamente derroga a expressão “a qualquer tempo” mencionada no § 3º do artigo citado, sobretudo porque deve prevalecer o fundamento de que “lei posterior derroga lei anterior”. (LINDB, 1942)

### 3.2 Conceito de prescrição intercorrente

No campo jurídico, o fenômeno da prescrição intercorrente pode ser entendido como a perda do direito de exigir um direito pela falta de ação no curso do processo judicial. Ela é chamada de intercorrente porque sobrevém durante o transcurso da ação, e sua constituição inicial tem origem nos ditames da doutrina e jurisprudência, cujo objetivo era evitar a eternização de uma ação judicial, seja pela não localização do devedor insolvente, ou mesmo pela não localização de bens passíveis de penhora.

Segundo os ensinamentos dos doutrinadores Minardi e Didier, a prescrição intercorrente é definida da seguinte forma:

Para Minardi (2016, p. 183):

A prescrição intercorrente refere-se à prescrição interrompida que recomeçou a correr, extinguindo o direito de ação. A prescrição intercorrente começa a correr imediatamente após o fato ou momento em que aconteceu a causa determinante da interrupção. Assim, quando o juiz profere despacho de citação na execução fiscal, segundo o artigo 174, parágrafo único, 1, do CTN, estará interrompida a prescrição, ou melhor, o prazo zera e volta inteirinho para a Fazenda realizar a satisfação do seu crédito tributário. Nesse instante começa a fluir a contagem do prazo da prescrição intercorrente que será de 5 anos.

Segundo Didier (2017, p. 456) "É preciso definir o que se entende por prescrição intercorrente. Prescrição intercorrente é aquela que ocorre durante a litispendência, o que inclui o período que separa as fases de conhecimento e de execução da decisão".

Nessa linha, é os dizeres do Ministro Luiz Fux, ao analisar o **AgRgREsp 756.739/SP-2005**, segundo o qual ao se permitir ao fisco manter uma latente relação processual inócua, sem citação e com prescrição intercorrente evidente, é conspirar contra os princípios gerais de direito, que disciplinam que as obrigações nasceram para serem extintas e o processo deve representar um instrumento de realização da justiça.

Portanto, sendo uma espécie de prescrição, sua ocorrência verifica-se quando o exequente, de forma inócua, deixa de promover atos necessários ao bom andamento processual. Mesmo que este dê o andamento inicial à execução, provando assim o seu interesse de agir, não é admissível que sua pretensão perca por tempo indeterminado, pois a parte credora deve dar continuidade à demanda inicial, até porque o litígio necessita de um desfecho.

Esta inércia processual, característica da prescrição intercorrente é corroborada pelos doutrinadores Cristiano Chaves e Nelson Rosevald, que asseguram:

A prescrição intercorrente é verificada pela inércia continuada e ininterrupta do autor no processo já iniciado, durante um tempo suficiente para a ocorrência da própria perda da pretensão. De modo evidente, havendo andamento regular e normal do processo, não haverá a prescrição intercorrente (2014, p. 659).

Portanto, a expressão “intercorrente”, na seara da execução fiscal, caracteriza a situação na qual a prescrição, anteriormente já interrompida, volta a correr no curso do processo, e nele completa o transcurso de seu prazo. Por isso, não pode ser confundida com a prescrição iniciada antes do ajuizamento da demanda, passível de ser decretada pelo juiz no curso da execução fiscal ou de qualquer ou outra ação, ainda que de iniciativa do contribuinte.

Além disso, pode-se dizer que não há prescrição intercorrente quando sua causa constitutiva é o próprio sistema judiciário, tanto é assim que, o STJ editou o enunciado de súmula 106 que reza: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

Em síntese, a problemática central desse trabalho constitui-se na análise da constitucionalidade ou não das hipóteses previstas no *caput* e no §4º do art. 40 da LEF, posto que tais hipóteses normativas estabelecem, respectivamente, casos de suspensão e interrupção da prescrição, cuja introdução no ordenamento jurídico se deu por lei ordinária, ou seja, contrariando formalmente o art. 146, III, b da CF/88.

### **3.3 A prescrição intercorrente e o artigo 40 da lei 6.830/80**

Como se sabe, no sistema normativo brasileiro, cabe à Lei nº 6.830/1980 (LEF) dispor sobre as ações de cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública. De forma subsidiária, recorre-se ao Código de Processo Civil, no caso de não haver previsão expressa na LEF.

Na esfera da Execução Fiscal, há dispositivo expresso acerca da possibilidade de consumir-se a prescrição no curso de processo fiscal suspenso. Vejamos o teor do artigo 40 da Lei 6.830/80, Lei de execuções Fiscais:

Art. 40. O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.  
(...)

§2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§3º Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

**§4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)**  
(Grifo nosso).

Como visto, na ação de execução fiscal, tal desleixo é apontado à Fazenda Pública, que na qualidade de exequente, e depois de ter o crédito tributário definitivamente constituído, deve empenhar-se em encontrar bens que possam garantir o crédito tributário inadimplido. Entretanto, pode o devedor, ou seus bens penhoráveis, não serem localizados no início do processo. Nestas hipóteses, poderá a autoridade judicial suspender o curso da execução fiscal, com base no *caput* do artigo 40, sem que o prazo prescricional transcorra.

Após a efetivação da suspensão citada, o § 2º do artigo 40 permite à autoridade judiciária que archive o processo, caso tenha decorrido o período de 1 ano desde a suspensão sem que o próprio devedor ou seus bens tenham sido localizados. Para grande parte da doutrina, é nesse momento (arquivamento) que o prazo prescricional intercorrente de 5 anos tem seu termo inicial.

Dessa forma, após o fim da suspensão do processo e conseqüente arquivamento administrativo dos autos pelo juiz (conforme §2º do art. 40 da LEF), inicia-se a prescrição intercorrente dentro do processo de execução, consagrada pelo § 4ª do art. 40 da LEF, possibilitando ao juiz julgador reconhecer e decretar de ofício e no curso do processo de execução fiscal (por isso intercorrente) uma situação já aperfeiçoada no tempo (art. 174), uma vez que não existem dívidas eternas.

Apesar da importância dada ao novo dispositivo, vale ressaltar que a mudança acabou por esconder uma esperteza do legislador. Antes da entrada em vigor do citado § 4º, o entendimento sedimentado da jurisprudência era de que o termo inicial do prazo prescricional seria o momento em que se dera a paralisação da execução (*caput* do art. 40).

Com o advento do § 4º, o termo inicial do lustro prescricional passou a ser o arquivamento da execução fiscal, a qual, segundo o § 2º do mesmo art. 40, somente pode se dar após o transcurso de um ano sem que tenham sido localizados o devedor ou bens penhoráveis deste (HARADA, op. cit., p. 63). Portanto, ocorreu um adiamento dos feitos

executivos, ganhando as fazendas públicas mais um ano de prolongamento para execução fiscal que, pelo entendimento anterior, fatalmente seriam atingidas pela prescrição.

Nesse diapasão, o professor Leandro Paulsen (2017, p. 289) explica que:

A prescrição intercorrente é a que ocorre no curso da Execução Fiscal quando, interrompido o prazo prescricional pelo despacho do Juiz que determina a citação, se verificar a inércia do Fisco exequente, dando ensejo ao reinício do prazo quinquenal. O art. 40 da LEF estabelece que, não encontrado o devedor ou bens, haverá a suspensão do processo por um ano. Tal prazo é para que o Fisco exequente realize diligências administrativas para localizar o devedor e bens, conforme o caso. Durante tal suspensão, presume-se que o Exequente esteja diligente, de modo que o reinício do prazo prescricional só ocorre após o decurso do ano de suspensão, caso o Fisco permaneça inerte. Assim, nos autos, transcorrerão seis anos, desde a suspensão, para que se possa considerar ocorrida prescrição intercorrente.

Ademais, cabe destacar que, no caso da paralisação do processo, além do descaso do exequente (Fazenda Pública), é essencial o decurso do quinquênio legal como elemento indissociável para a caracterização da prescrição intercorrente do crédito tributário. Assim, dentro do prazo de suspensão, ou até antes dele, deve a Fazenda Pública empenhar esforços nas diligências no sentido de encontrar bens pertencentes ao devedor e passíveis de constrição.

Para o professor Eduardo Sabbag (2019, p.1033), “a Fazenda Pública, abandonando a execução fiscal, dará ensejo à prescrição intercorrente, em razão da paralisação superior a um quinquênio legal. Nesse passo, a prescrição intercorrente pressupõe a inércia da exequente.”

Dessa forma, a inércia do credor da ação deve ser decretada de ofício ou arguida pela parte devedora após o início da ação de execução. Portanto, nos termos do art. 174 do CTN, decorrido um prazo hábil de 5 anos ininterruptos, sem qualquer manifestação da Fazenda Pública nos autos, com respaldo suficiente para suspender ou interromper a prescrição no curso da execução fiscal, o juiz estará autorizado a declarar prescrito o direito da Fazenda Pública.

## 4. ADEQUAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE TRIBUTÁRIA AO TEXTO CONSTITUCIONAL

### 4.1. Considerações preliminares

As alterações introduzidas na Lei de Execução Fiscal, com o advento da Lei Ordinária de número 11.051 de 2004, produziram um grande debate sobre a constitucionalidade ou não do § 4º do artigo 40 da LEF, posto que o mecanismo da prescrição intercorrente, até então discutido apenas na seara jurisprudencial, tornou-se uma norma legal expressa, trazendo inovação no mundo jurídico, ao permitir que o magistrado decretasse *ex officio* a prescrição intercorrente na ação de execução dos créditos tributários.

Neste ponto, parte da doutrina defende a inconstitucionalidade do instituto, uma vez que a Lei nº 11.051/2004, que introduziu o referido parágrafo na LEF, é simples lei ordinária, restando assim consubstanciado um vício formal, pois para a matéria debatida, a CF impõe, de forma exaustiva, que seja disciplinada por meio de LC, conforme previsto em seu artigo 146, inciso III, alínea b. Portanto, para tal corrente, o vício insanável reside no fato de que a Lei nº 11.051/2004 é mera lei ordinária e a normatização geral em matéria tributária, principalmente sobre a prescrição, é matéria constitucionalmente reservada à lei complementar, sobretudo, porque esta é repleta de particularidades definidas no próprio texto constitucional, como o quórum qualificado e a temática relevante para o cenário jurídico do país.

Por outro lado, existem doutrinadores que defendam a constitucionalidade do instituto da prescrição intercorrente tributária, pois a matéria inovadora traz consequências apenas de ordem processual, o que não desrespeita a regra do artigo 146 da Carta Magna vigente, pois definiu-se apenas um prazo estritamente processual, cujo objetivo foi privilegiar o célere andamento das demandas executivas fiscais.

Tem-se, assim, um aparente choque entre princípios constitucionais balizadores das normas jurídicas. De um lado, o instituto da reserva legal e, do outro, os norteadores constitucionais da segurança jurídica e celeridade processual. Neste caso, caberá ao intérprete da lei contornar o problema, ou melhor acalmar a colisão, privilegiando uma aplicação de ambos os princípios, com intensidade diferentes, sem, contudo, decretar a invalidade de algum. Neste sentido, é a doutrina de Robert Alexy:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e de acordo com outro permitido – **um dos princípios terá que ceder. Isso não significa,**

**contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.** Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta (ALEXY, 2008, p. 93) (Grifo nosso).

Por fim, vale frisar que a inovação normativa ora debatida, em nada afeta a modalidade de prescrição intercorrente aplicada aos créditos de natureza não-tributária, cujos prazos prescricionais podem constar de leis especiais, a exemplo do crédito de FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), regulado pela Lei nº 9.601, de 21/01/98, cujo prazo de prescrição é de trinta anos.

#### **4.2 Argumentos favoráveis a constitucionalidade da prescrição intercorrente na execução fiscal**

A defesa da constitucionalidade da prescrição intercorrente no Direito Tributário possui diversas correntes. Uma das mais relevantes argumenta que a ocorrência da prescrição intercorrente se dá no campo do Direito Processual e não no Direito Material e, portanto, não há argumentos capazes de promover a inconstitucionalidade do fenômeno. Sua validade jurídica é defendida porque o instituto não estabelece novos prazos e nem altera os legalmente existentes, nem modifica elementos essenciais previstos no 174 do CTN, pois sua índole é estritamente processual.

Nesse sentido, o professor Eduardo Sabbag (2019, p.1032) esclarece que: "(...) a norma não tratou de prazo prescricional, alterando a sistemática de contagem ou o período quinquenal, por exemplo, mas se limitou a dispor sobre matéria de direito processual civil".

Ademais, corroborando essa linha de raciocínio, temos os ensinamentos do professor Hugo de Brito Machado Segundo, sobre a constitucionalidade do artigo 40 da LEF, asseverando o seguinte:

Alguns autores entendem que se trata de disposição inteiramente inválida, não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, na medida em que a prescrição do crédito tributário seria matéria privativa de lei complementar (CF/88, art. 146, III, b). Há quem afirme que tal disposição é inconstitucional, pois teria cuidado de matéria

privativa de lei complementar (CF/88, art. 146, III, "b"). Tal argumento, porém, não se sustenta. É importante perceber que a Lei n.º 11.051/2004 não cuidou de prazos prescricionais. Não alterou a forma de contá-los, seus termos inicial e final, nem o número de anos ao cabo do qual estão consumados. Não. Limitou-se a dispor sobre norma de direito processual civil, relativa aos poderes do juiz de declarar uma situação pré-existente. A prescrição consumou-se por conta da incidência do art. 174 do CTN, tendo a alteração legislativa apenas dada ao juiz o poder de reconhecer isso *ex officio*. Não se pode cogitar, portanto, de agressão ao art. 146, III, "b", da CF/88. (2006, p.333).

Segundo esse doutrinador, o instituto tem natureza jurídica eminentemente processual, pois o artigo 40 da LEF não constitui uma nova espécie de prescrição, em confronto ao que disciplina o artigo 146, III, b da CF, e que a inclusão do parágrafo 4º deve ser interpretada de forma harmoniosa e coerente com o artigo 174 do CTN, posto que apenas adjudica poderes ao juiz para que, no curso do processo de execução já arquivado, reconheça uma situação consolidada no tempo e decrete a prescrição na fase processual, ou seja, no curso do processo vigente.

Sobre o tema, o renomado professor Doutor da Universidade Federal de Pernambuco, Leonardo José Carneiro da Cunha (2007, p. 311), esclarece o seguinte:

Em se tratando de regra processual, sua aplicação é imediata, alcançando os processos em curso. Não se está a modificar o prazo da prescrição, regra que não poderia atingir as demandas em curso. A norma passou, apenas, a autorizar a apreciação de dada matéria (prescrição intercorrente na execução fiscal) de ofício, constituindo regra de processo, cuja incidência, sobre ser imediata, alcança os processos em curso.

Ademais, outra parte da doutrina defende que a alteração na LEF promovida pela Lei Ordinária n.º 11.051/2004 é constitucional, por entenderem que a suspensão mencionada no *caput* do art. 40 da LEF não seria uma suspensão da própria prescrição tributária, conteúdo reservado à LC, mas tão somente a suspensão dos atos processuais da execução fiscal, o que acarretaria conseqüentemente a suspensão da prescrição tributária.

Para esses estudiosos existem sim, uma perfeita sintonia constitucional entre o art. 40 da LEF e o CTN. Assim, para eles, a prescrição intercorrente na execução fiscal seria uma



espécie de norma processual *tertium genus*, portanto, diferente da prescrição tributária, mas gozando do mesmo fundamento de validade constitucional, ou seja, funda-se na mesma fonte primária do ordenamento jurídico, retirando sua validade do art. 22, inciso I, da CF/1988, pois o constituinte originário não exigiu lei complementar para disciplinar conteúdo processual.

#### **4.3. Argumentos contrários à constitucionalidade do instituto da prescrição intercorrente na execução fiscal**

Como sabemos, a famosa Lei n° 6.830 é de 1980 e entrou em vigor antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Ocorre que, com a previsão do artigo 146 da CF/88, ao dispor que apenas lei complementar seria o instrumento legal adequado para tratar sobre normas gerais de legislação tributária e, principalmente, sobre a prescrição dos créditos fiscais, grande parte da doutrina concluiu que a Carta Magna não havia recepcionado o art. 40 da LEF, arguindo-se, dessa forma, a tese da inconstitucionalidade do instituto da prescrição intercorrente no Direito Tributário, pois tal norma entraria em conflito direto com outros preceitos defendidos na Lei Fundamental e, principalmente, com a prescrição tributária do CTN (art. 174).

Nessa linha, o doutrinador Victor Hugo Reis Pereira, ao comentar a inovação trazida pela Lei 11.280/2006 no CPC de 1973, aborda que:

Vale destacar que não existe fundamento lógico que induza qualquer constitucionalidade ao art. 40, § 4º da LEF. Primeiro por ofender reserva à Lei Complementar. Segundo, por ter sido tal mudança veiculada por lei posterior à CF, motivo pelo qual não há que se falar em recepção material, culminado em sua inconstitucionalidade. Em terceiro ponto, ao aduzir que a interpretação conjuminada com o CTN preserva a constitucionalidade da lei, abre-se forte precedente de burla à reserva complementar, uma vez que, doravante, não mais é necessário haver lei em sentido estrito complementar para validamente regulamentar a matéria; é bastante tão somente qualquer ato normativo consonante com o CTN para poder legislar acerca de qualquer dos pontos reservados pelo art. 146 da CF, ao ponto de, no futuro, não ser surpresa admitir definição de tributo por resolução, uma vez que a mesma guardou harmonia com o CTN. (PEREIRA, 2006)

Assim, o conflito reside na primeira parte do §4º, pois inovou ao incluir novo termo *a quo* para a contagem do prazo da prescrição intercorrente, a saber o despacho que ordena a suspensão da execução. Trata-se, a rigor, de nova causa de interrupção da prescrição, não disciplinada no art. 174 do CTN, uma vez que tem o poder de reiniciar o prazo de prescrição. Portanto, tal inovação jamais poderia ocorrer no bojo da LEF, pois, sendo materialmente lei ordinária, não seria o mecanismo constitucional adequado para tratar de prescrição, tema afeto à reserva legal de lei complementar.

Há ainda correntes que defendem que o §4º do art. 40 padece de vício de inconstitucionalidade, visto que, tenta majorar o prazo da prescrição para seis anos, sendo um ano da suspensão da ação de execução fiscal, artigo 40 §§ 2º e 4º da LEF, mais cinco anos previstos para a prescrição tributária no artigo 174, *caput* do CTN. Dessa maneira, ter-se-ia fixado novo lapso temporal para concretização da prescrição tributária, que não teria mais início com a constituição definitiva dos créditos tributários e sim, após o arquivamento dos autos pelo juiz, conforme a interpretação do art. 40, § 4º, da LEF.

Nesse diapasão, posicionou-se o processualista Leandro Paulsen (2017, p. 289), ao discorrer sobre a arguição de inconstitucionalidade nº 0004671-46.2003.404.7200, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, apontando a invasão à matéria reservada a lei complementar:

(...) o TRF4 decidiu pela inconstitucionalidade parcial do art. 40, *caput* e § 4o, da LEF, por entender que a interpretação que leva ao prazo de seis anos viola a reserva de lei complementar para cuidar de prescrição. Sua Corte Especial entende que não caberia ao legislador ordinário estabelecer hipótese de suspensão da prescrição, tampouco levar ao aumento do prazo quinquenal. Daí por que conta o prazo de cinco anos já a partir do despacho que determina a suspensão da execução e não do decurso de um ano.

Dessa forma, argumenta-se que tal possibilidade só seria viável com a instituição de LC, oriunda do poder legislativo federal, pois conforme esses doutrinadores, o artigo 40 da LEF traz modalidade de suspensão e interrupção da prescrição tributária não prevista na legislação complementar.

Portanto, diversos são os argumentos e motivos elencados pelos doutrinadores contrários a possibilidade da aplicação da prescrição intercorrente no Direito Tributário. Uns se apegam mais a violação direta a própria Constituição Federal, haja vista, existir previsão constitucional atrelando a matéria da prescrição tributária à reserva absoluta de

lei complementar, tornando-se impossível o disciplinamento por intermédio de lei ordinária.

#### **4.4 A repercussão geral dada ao RE nº 636562 do STF**

O tema da prescrição intercorrente, disciplinada no artigo 40, § 4º, da Lei 6.830/1980, passou a ter a sua constitucionalidade discutida no Recurso Extraordinário nº 636.562/SC, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, datado de 01/04/2011.

No extraordinário mencionado, a União sustenta a constitucionalidade do artigo 40, *caput* e § 4º da LEF. Diz da plena aplicabilidade do dispositivo, pois durante o lapso da suspensão, a relação processual permaneceria ativa, de modo que o reinício do prazo prescricional ocorreria apenas após o decurso do ano de suspensão, caso a Fazenda Pública não tivesse êxito em localizar bens penhoráveis de propriedade do executado. Portanto, não ficaria configurada a inércia da recorrente, porque continuaria a diligenciar com o objetivo de encontrar tais bens. (RE nº 636.562/SC, 2011).

Ademais, aborda que o citado artigo 40, em seu texto original, não fixava o termo final da suspensão processual e a introdução do § 4º ao aludido teria garantido a segurança jurídica e compatibilizado a sistemática da LEF com as regras previstas no artigo 174 do CTN. (RE nº 636.562/SC, 2011).

Ademais, o referido extraordinário sustenta que, sob o ângulo da repercussão geral, a temática ultrapassa o interesse subjetivo das partes, tendo em vista que a declaração de inconstitucionalidade do *caput* e do § 4º do artigo 40 da Lei de Execução Fiscal alcançaria milhares de execuções de débitos fiscais em andamento na justiça brasileira, estando em jogo significativos valores a serem cobrados pela recorrente. Assim, foi o posicionamento do relator sobre o assunto:

Está em debate a problemática alusiva ao próprio processo legislativo no que se teria a derrogação, mediante lei ordinária, da complementar consubstanciada no Código Tributário Nacional. A espécie é passível de repetir-se em inúmeros casos. Além disso, a interposição do extraordinário com base no disposto na alínea “b” do inciso III do artigo 102 da Carta Federal, ante a declaração, na origem, de inconstitucionalidade de norma abstrata e autônoma, gera, por si só, a repercussão geral. Ao Supremo cabe a guarda da Lei Maior, isso considerada a derradeira instância.

Eis a manifestação do relator acerca da inconstitucionalidade formal objetiva:

A matéria tem alçada constitucional, na medida em que a Constituição estabelece ser reservada lei complementar para dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária (art. 146, III, b da Constituição). Neste caso, a incompatibilidade entre a lei ordinária e a lei complementar se resolve diretamente com base no texto constitucional, e não com as regras de vigência e revogação aplicáveis indistintamente a todas as normas jurídicas, com base na Lei de Introdução ao Código Civil.

Ademais, os fundamentos que forem adotados para estes precedentes condicionarão o exame de outras questões que envolvam estabelecimento da sistemática de reconhecimento judicial de prescrição e de decadência.

Ante o exposto, manifesto-me pela existência da repercussão geral da questão constitucional controvertida.

Na mesma linha, foi o posicionamento da Procuradoria Geral da República (PGR), ao julgar que no mérito, o disposto na parte final do *caput*, art. 40 da LEF é incompatível com o disposto no artigo 146, inciso III, "b", da Constituição Federal, que reserva à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição e decadência tributárias, inclusive sobre interrupção e suspensão dos prazos. (RE nº 636.562/SC, 2011).

Portanto, os votos iniciais do Relator e da PGR no Recurso Extraordinário nº 636.562/SC foram no sentido de declarar a inconstitucionalidade formal objetiva, pois a norma em exame foi elaborada em desacordo com as diretrizes estabelecidas pela Constituição da República de 1988.

## **5. A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STJ E O ART. 40 DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL**

A recente jurisprudência do STJ sobre a aplicabilidade do art. 40 da LEF foi consolidada pela Primeira Seção do citado Tribunal, ao julgar o Recurso Especial nº 1.340.553-RS, sob o regime dos recursos repetitivos, cujo acórdão foi publicado em 16/10/2018 e transitou em julgado em 14/05/2019, conforme as teses de 566 a 571:

Tese 566: "O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n.

6.830/80 – LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução.”

Tese 567 e 569: “Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável.”

Tese 568: “A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feita da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens.”

Tese 570 e 571: “A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial – 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.”

Sua maior colaboração foi a definição sobre a forma de contagem da prescrição intercorrente prevista no art. 40, em especial quando o executado não é localizado, ou quando não são encontrados bens penhoráveis.

Da análise dos referidos temas supracitados, em síntese, pode-se concluir que, não ocorrendo a citação do devedor, o que interromperia a prescrição, e/ou não sendo encontrados bens passíveis penhora, inicia-se de imediato os efeitos do art. 40 da LEF, o que se encontra, inclusive, sumulado pelo STJ por meio da Súmula nº 314 do STJ: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

Portanto, sendo o Fisco intimado desse insucesso na execução, automaticamente iniciaria o prazo de suspensão disciplinado no *caput* do art. 40, independentemente da existência de pronunciamento do Juízo ou de petição, por parte da Fazenda. Nesse ponto, vale destacar que a ciência do Fisco é obrigatória e, após esta, restará suspensa a Execução Fiscal, com vista dos autos aberta à Fazenda Pública (§1º e 2º do art. 40).

Após transcorrer 1 ano da referida citação da Fazenda, inicia-se o prazo prescricional intercorrente de 5 anos, em obediência aos preceitos do art. 174 do CTN. Dessa forma, apenas quando exauridos 6 anos após a ciência do Fisco da não localização do devedor e/ou de bens penhoráveis é que a Execução Fiscal sofrerá os efeitos da prescrição intercorrente, a qual poderá ser reconhecida e decretada de ofício pelo Juiz, após ouvir a Fazenda Pública (§4º do art.40, LEF), promovendo, assim, a extinção da Dívida Ativa Fiscal.

Nesse contexto, para que ocorra a interrupção da prescrição intercorrente é necessária a ocorrência concreta de atos capazes de modificar a inércia processual, como a efetiva citação do devedor ou constrição patrimonial, mediante ato próprio do juízo exequente.

Por fim, cabe acrescentar que, segundo a jurisprudência do STJ, se ao final do prazo de 6 anos a Fazenda Pública for intimada do término final do prazo prescricional intercorrente, sem ter sido notificada nas etapas anteriores, terá nesse momento e dentro do prazo para manifestar-se, a oportunidade de promover a localização do devedor ou de bens passíveis de penhora e apontar a existência, no passado, de qualquer causa que tenha interrompido ou suspenso a prescrição, sob pena de ser consagrada a prescrição intercorrente.

## **6. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL OBJETIVA DO § 4º DO ART. 40 DA LEF**

A análise da constitucionalidade das normas aborda a verificação da conformidade formal e material da lei à Carta Política de 1988. Define-se inconstitucionalidade como sendo “qualquer desconformidade de um ato normativo em relação à Constituição”. (FERRAZ, 2006, p. 428). Da mesma forma, a inconstitucionalidade das leis é “expressão, em sentido mais lato, designativa da incompatibilidade entre atos ou fatos jurídicos e a Constituição”. (TAVARES, 2003, p. 174).

Do ponto de vista do requisito material, trata-se da averiguação da coerência do objeto da lei ou do ato normativo com a Carta Magna. Já em relação aos requisitos formais, a Constituição estabelece regras para a elaboração das leis, cujo desrespeito a suas diretrizes caracteriza a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo. Em síntese,

conceitua-se as duas espécies de inconstitucionalidade como a “desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou do seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional”. (FERRAZ apud RAMOS, 2006, p. 62).

Portanto, a inconstitucionalidade formal/extrínseca caracteriza-se pela divergência entre o procedimento de formação da lei e o procedimento previsto na Constituição. Assim, mesmo que haja harmonia entre o texto da lei e a Carta Magna, mas no processo legislativo não foi seguido o procedimento de formação estabelecido pela CF/88, está caracterizada a inconstitucionalidade de caráter meramente formal.

Dessa forma, mesmo que o art. 146 da Constituição tenha reservado à lei complementar a matéria da prescrição tributária, o legislador infraconstitucional trouxe para o ordenamento jurídico nacional a prescrição intercorrente através de uma lei ordinária, a Lei nº 11051/2004. Assim, é clara a inconstitucionalidade do combatido § 4º do artigo 40 da Lei de Execução Fiscal, cuja ocorrência demonstramos nesse trabalho.

Não pode uma lei ordinária tratar de matéria destinada originariamente à lei complementar, sob pena de infringir o princípio da reserva de lei complementar, expressamente disposto no art. 146 da CF/88. Assim, a prescrição intercorrente deve ser encarada como nova modalidade de prescrição, pois o citado § 4º, ao permitir o reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente fiscal, criou uma possibilidade de se ver extinto o crédito tributário.

Tal entendimento é corroborado pela pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

O Código Tributário Nacional tem natureza de lei complementar, sendo hierarquicamente superior a Lei de Execuções Fiscais. Não pode, portanto, lei ordinária estabelecer prazo prescricional da execução fiscal previsto em lei complementar. (REsp 151.598/DF, Rel. Min. Garcia Vieira).

Da mesma forma, as decisões judiciais reiteradas não podem (e não devem) fazer o papel constitucionalmente determinado ao legislador, tampouco servirem de marco para justificarem a constitucionalidade de determinada norma jurídica.

Assim, para essa corrente doutrinária, a inclusão do §4º ao art. 40 da LEF é inovação privativa a lei complementar e não a lei ordinária, sendo, portanto, inconstitucional o referido comando legal.

Por fim, ao realizar uma leitura sistemática do *caput* e do § 4º do art. 40 da LEF, obtém-se a seguinte conclusão: suspenso o processo executivo, conseqüentemente estará suspensa a prescrição por um ano, conforme o §2º. Além disso, após o transcurso desse período, no qual o prazo prescricional estava suspenso mediante o arquivamento dos autos, a prescrição será interrompida e assim após seis anos será consumada a prescrição intercorrente, contrariando, assim, o CTN e a CF/88.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Inicialmente, cabe destacar que, ao introduzir o parágrafo 4º ao art. 40 da LEF, o legislador almejou corrigir as discrepâncias anteriores do *caput* e demais parágrafos do art. 40. De fato, é perceptível a sua melhor intenção, pois seu desejo foi evitar a postergação eterna da execução fiscal, estabelecendo hipóteses de consumação da prescrição tributária. Parabéns!

Para tanto, o novo § 4º do art. 40 positivou a certeza do término da demanda executória, ao fixar um lapso temporal para o arquivamento administrativo, de 5 anos, em obediência ao prazo quinquenal de prescrição do art. 174 do CTN. Da mesma forma, houve a derrogação tácita do § 3º do mesmo artigo, impendido, assim, o desarquivamento do processo de execução fiscal, caso surgisse a “qualquer momento” o devedor ou bens penhoráveis.

Embora louvável sua intenção, resta evidente que o meio utilizado para a produção da referida norma não foi o mais adequado, padecendo de vício de rito processual, pois § 4º do art. 40 da LEF afronta diretamente o art. 146, inciso III, letra b, da Constituição Federal, segundo o qual cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição.

Dessa forma, o legislador constituinte, ao consagrar o fundamento da reserva de lei complementar, buscou privilegiar características exclusivas do instituto, a exemplo do quórum qualificado, relevância do conteúdo a temas de importância nacional, em defesa do princípio federativo. Assim, sua intenção primária foi evitar a desordem legislativa e insegurança jurídica no ordenamento, que eventualmente poderiam ocorrer através das ordens jurídicas estaduais e distritais.



Apesar disso, e contrariando dispositivo expresso na Carta Política de 1988, uma lei ordinária, a 11.051/2004, veio tratar de matéria constitucionalmente reservada à lei complementar. Portanto, resta configurada a inconstitucionalidade formal objetiva, tendo em vista a incongruência entre o procedimento de formação da lei e procedimento previsto na Constituição. Trata-se, assim, de vício de rito ou de procedimento, pois a matéria destinada a reserva de lei complementar, foi aprovada por meio de simples lei ordinária.

Nesse ponto, ao acrescentar novo termo *a quo* para a contagem do prazo da prescrição intercorrente, o indigitado §4º criou causa de interrupção da prescrição não prevista no art. 174 do CTN, em flagrante desrespeito ao fundamento da reserva legal de lei complementar.

Ademais, ao tenta majorar o prazo da prescrição para seis anos, sendo um ano da suspensão da ação de execução fiscal (artigo 40, §§ 2º e 4º da LEF), mais cinco anos previstos para a prescrição tributária (artigo 174, *caput* do CTN), a lei ordinária de nº 11.051/2004 teria fixado novo lapso temporal para concretização da prescrição tributária, que não teria mais início com a constituição definitiva dos créditos tributários e sim, após o arquivamento dos autos pelo juiz, conforme a interpretação dada ao art. 40, § 4º, da LEF.

Muito embora algumas correntes da doutrina defendam que a supracitada Lei não criou nenhuma modalidade de prescrição, mas apenas consagrou expressamente algo que a jurisprudência já vinha admitindo, não é sensato tratar a situação com tamanha simplicidade, pois ao permitir que o juiz reconheça de ofício a prescrição intercorrente na execução fiscal, estamos diante da possibilidade de ver o crédito tributário extinto.

Portanto, conclui-se que a decretação *ex officio* da prescrição intercorrente no Direito Tributário é inconstitucional, sobretudo em razão da natureza formal de sua lei instituidora, pois a prescrição intercorrente entrou no ordenamento jurídico com o advento da lei ordinária de nº 11.051/2004, que modificou a Lei das Execuções Fiscais ao introduzir nesta o parágrafo 4º do artigo 40.

Assim sendo, mesmo após a introdução do citado dispositivo, continua sendo vedado ao juiz decretar de ofício a prescrição intercorrente, visto que a matéria deduzida na execução fiscal é de direito patrimonial, sob pena de flagrante violação ao art. 146, inciso III, alínea b, da CF/88 e os artigos 219, § 5º do CPC e 194 CC. Dessa forma, apenas as partes interessadas no processo poderão arguir a prescrição ao juízo que, após a oitiva da Fazenda Pública, poderá decidir validamente.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. (2008), **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Saraiva 2003.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Saraiva 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2002.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Brasília: Senado Federal, 1966.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. Lei de Execuções Fiscais. Brasília: Senado Federal, 1980.

CARRAZA. Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 31 ed. São Paulo. Malheiros, 2017.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 5 ed. ver, ampl. E atual. São Paulo: Dialética, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Volume I. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERRAZ. Sérgio Valladão. **Curso de Direito Constitucional: teoria e questões**. Rio de Janeiro. Elsevier, 2006.

GONÇALVES, Luís. A prescrição intercorrente no Direito Tributário brasileiro, 2012. Disponível em: < <https://www.fesdt.org.br/docs/revistas/8/prescricao-intercorrente-direito-tributario-brasileiro.pdf> >. Acesso em: 05 abr. 2021.

HARADA, Kiyoshi. **Prescrição intercorrente na execução fiscal**. Disponível em: <<http://www.idtl.com.br/artigos/188.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Lei de Execução Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MINARDI, J. **Direito Tributário: OAB 1º e 2º fases**. 5 ed. ver. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOUZALAS, Rinaldo. **Processo Civil**. Volume único – 8. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PEIXOTO, DM. **Prescrição intercorrente na execução fiscal**. São Paulo: Dialética, 2016.

PEREIRA, Victor Hugo Reis. **A prescrição em face da reforma processual (Lei nº 11.280/06) e a Fazenda Pública**. Análise processual preliminar da prescrição: direito de ação e situação da prescrição. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8163/a-prescricao-em-face-da-reforma-processual-lei-n-11-280-06-e-a-fazenda-publica>. Acesso em: 02 abr. 2021.

Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de jurisprudência**. Número 635. Brasília, 9 de novembro de 2018. Disponível em:

<[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/PDF/Inf0635.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0635.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2021.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TAVARES. André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2003.

## **O ARQUIVAMENTO E ACAUTELAMENTO (SOBRESTAMENTO) DOS BOLETINS DE OCORRÊNCIAS POLICIAIS, ASSIM COMO DAS NOTÍCIAS-CRIMINAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA ATIVIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL**

**JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR:** Delegado de Polícia em Mato Grosso desde 2012, atualmente na função de Delegado de Polícia Adjunto da Delegacia de Polícia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças, em cumulação legal com a Delegacia de Polícia de General Carneiro da Polícia Civil dMato Grosso. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obras jurídicas, autor de artigos jurídicos, integrante da KDJ Mentoria, palestrante e professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

**TRISTÃO ANTONIO BORBOREMA DE CARVALHO**<sup>172</sup>

(coautor)

**Resumo:** A investigação preliminar de ocorrências policiais acauteladas (sobrestadas) após diligências prévias e os arquivamentos diretos, sem incidência do crime de prevaricação.

### **INTRODUÇÃO**

Destaca-se, no rol de atribuições da autoridade policial, conferir direcionamento e impulsão para as notícias-crimes diuturnamente apresentadas.

Ordinariamente, tais informações são materializadas por meio de registro de um boletim de ocorrência policial.

Ocorre que, não raras vezes, as informações apresentam-se incompletas tanto sob o aspecto subjetivo (carecendo de qualificação ou identidade dos envolvidos) ou objetivo (fatos delineados de forma recortada e/ou insuficiente para permitir avanço das investigações).

Exsurge, daí, inevitável juízo de valoração e o poder-dever da autoridade policial para decidir (deliberar) a sorte de cada caso apresentado, dentre o 'cardápio legal'

---

<sup>172</sup> Delegado de Polícia no estado do Paraná desde o ano 2008. Ex-Delegado de Polícia Civil do estado de São Paulo (aprovado em primeiro lugar). Professor concursado da disciplina de Direito Penal da Academia de Polícia Civil do estado de São Paulo (ACADEPOL). Especialista em Gestão em Segurança Pública pela Escola Superior de Polícia Civil do Paraná.

estampado previamente no ordenamento jurídico, garantindo uma investigação democrática e translúcida.

Grosso modo, as alternativas disponíveis ao Delegado de Polícia perpassam com a determinação de registro de termos circunstanciados de ocorrência (no caso de infração de menor potencial ofensivo), procedimentos apuratório de atos infracionais (em caso de adolescentes em conflito com a lei) e, por fim, a verificação preliminar de inquérito (conhecidas como “VPIs” ou “AVP” dentre outras terminologias) ou culminam instauração, de plano, do inquérito policial.

Não se olvide outros destinos, em especial o encaminhamento das ocorrências mecanizadas para outras repartições policiais incumbidas de realizar investigações, seja por critério material (v.g. encaminhamento para a Polícia Federal de ocorrência envolvendo moeda falsa), territorial (atribuição investigatória pertencente à Delegacia de Polícia de outro município) e funcional (endereçando para unidade de polícia especializada). Ladeado a tais decisões, não se descure a viabilidade de arquivamento direto do boletim de ocorrência policial.

Assim, imperioso delinear a distinção dos casos em que seria viável dito arquivamento em cotejo com outras hipóteses em que seria possível, em fase um pouco mais adiantada, o seu acautelamento, figura que se assemelha, mas não se confunde.

Mister pontuar as clarividentes diferenças entre acautelamento e arquivamento.

## **ASPECTOS CONCEITUAIS SOBRE O ACAUTELAMENTO (SOBRESTAMENTO) E ARQUIVAMENTO DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA POLICIAL OU NOTÍCIA-CRIME**

Sob o enfoque da natureza jurídica, são decisões (deliberações) que apresentam similaridades, pois, cada qual a seu modo, neutralizam a marcha da apuração.

Entretantes, os objetivos dos institutos são diversos. Há pressupostos próprios e efeitos peculiares.

Ao **arquivar (arquivamento)**, de certo modo, a autoridade policial anota interrupção do caminhar investigativo; ao **acautelar (acautelamento/sobrestamento)**, ela promove apenas a suspensão temporária do trabalho apuratório por inviabilidade lógica passageira para seu prosseguimento que, com advento de novos elementos, será de rigor.

Em outras palavras, quando o Delegado de Polícia arquiva um boletim de ocorrência policial traduz a ideia de que devem ser fulminados os atos posteriores, eis que a notícia é imprestável para seguimento, seja porque não tem natureza criminal, seja por ausência de condição de procedibilidade, dentre outros fatores. Ao revés, ao acautelar um

boletim de ocorrência policial, a autoridade policial predica que foram tomadas providências preliminares para a reta apuração do fato, todavia, por limitações fáticas não há como continuar as investigações, por ser carecedora de elementos vindouros aptos para sua continuação. Fenece uma linha lógica com desdobramentos viáveis. Entretanto, uma vez surgidos novos elementos, retoma-se o itinerário investigativo. A inovação fática (notícia de novo fato) deflagra a inarredável retomada do curso das investigações.

Não se nega o dever da autoridade policial investigar as notícias criminais apresentadas que se assenta no princípio da obrigatoriedade ou legalidade.

Contudo, é inadequado fechar os olhos para a realidade, tampouco a convivência com outros princípios e cânones de igual quilate, como os princípios constitucionais da eficiência e razoável duração das investigações.

A carência de recursos humanos e multiplicidade de feitos inviabilizam que todos os casos sejam apurados com simultânea instauração (formal) de inquérito policial, especialmente em dois casos: (i) quando a autoria da infração penal é desconhecida ou (ii) o conhecimento surge de maneira inqualificada (fonte anônima de informes).

Destarte, o desafio enfrentado pela Polícia Judiciária é não negligenciar a apuração dos fatos noticiados (garantindo transparência e acesso a órgãos de controle) e, simultaneamente, gerir seus recursos investigativos de modo a satisfazê-los eficazmente, potencializando resultados com menor onerosidade possível do tempo.

Nessa mesma linha de ideias, oportuna citação da doutrina de RONALDO SAYEG:

“conforme já dito, a verificação de procedência das informações deve ser tomada em qualquer tipo de notícia-crime que chegue ao conhecimento do delegado de polícia, já que, na prática, muitos dos fatos noticiados são carentes de elementos que viabilizam uma investigação criminal eficiente e o inquérito, para sua instauração, deve valer-se de um mínimo de lastro probatório sob pena de ser um procedimento com um fim em si mesmo.

Sob esse olhar, inclusive, disposição normativa nesse sentido artigo 2º, §1º da citada portaria DGP 18/98 recomendável que se “acautele”, em outras palavras, mantém em ‘arquivo vivo’ o aglomerado de informações ainda precárias ou insuficiente, ao lado de que outras aplicações semelhantes, no aguardo de fatos novos suficientes a motivar o reinício das investigações e da consequente instalação de

inquérito policial, especialmente nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça ou que não sejam cometidos por meio de associações ou organizações criminosas. Nesses casos, sempre recomendável, em razão da complexidade ou dos objetos jurídicos tutelados, a respectiva instauração” (o Inquérito Policial Democrático, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019, p. 43).

O delegado de polícia catarinense LEONARDO MARCONDES MACHADO, ao enfrentar o tema, traduz a ideia de que a obrigatoriedade investigativa sofre mitigações.

“é lição comum na doutrina e jurisprudência o primado (ou mito?) da obrigatoriedade investigativa preliminar. Diz-se, portanto, que, em casos penais de iniciativa pública incondicionada (ou, nos demais, uma vez satisfeitas as condições de procedibilidade- ex: representação do ofendido), a autoridade policial tem o dever funcional de instaurar inquérito em relação a todas as notícias criminosas.

Ocorre, entretanto que o próprio Supremo Tribunal Federal, em situações envolvendo autoridades com foro especial por prerrogativa de função, submetidas, portanto, ao seu controle investigativo direto, tem mitigado essa tradicional regra de obrigatoriedade, afastando expressamente (ou oficialmente) a instauração de inquéritos em relação a casos destituídos de necessária base empírica ou indicação plausível a hipótese fática delitiva (objeto da investigação) (...). Não custa lembrar, ainda, que, após o advento da lei 13964/2019, que foi expressamente consagrada a exigência de “fundamento razoável” para instauração (e prosseguimento) de qualquer inquérito policial, sob pena de seu possível tratamento por decisão do juiz das garantias” (Manual de Inquérito Policial, Editora CEI, 2020, página 91).

A propósito das exposições, a Instrução Normativa nº 03/2019 da Corregedoria-Geral de Polícia Civil do Paraná contempla o instituto do acautelamento do Boletim de Ocorrência ou de notícia-crime utilizando a nomenclatura de “**sobrestamento**” (art. 2º, § 2º, da I. Nº. 03/2019):

“[...]”

**CONSIDERANDO** que o limite mínimo de legalidade de um Inquérito Policial é a suspeita pela prática de um fato atípico, o qual nem sempre se apresenta com clareza diante da indeterminação de alguns



dados essenciais, o que recomenda a realização de um levantamento preliminar;

**Art. 2º.** Os atos produzidos durante as diligências de verificação preliminar integrarão o Inquérito Policial ou Termo Circunstanciado, quando instaurados.

**Parágrafo Único** - As diligências de verificação preliminar são regidas pelos Princípios da Simplicidade, Celeridade e Informalidade.

**Art. 3º.** E fixado o prazo máximo de 90 (noventa) dias, contados da lavratura do Boletim de Ocorrência, para realização de diligências de verificação preliminar, visando a obtenção das informações necessárias para instauração dos procedimentos policiais, nas hipóteses em que ainda não haja elementos suficientes para a imediata instauração.

[...]

**§2º** - Os boletins de ocorrência noticiando infração penal de autoria desconhecida ou incerta, cujas diligências se encontrarem inviabilizadas pela ausência de elementos mínimos para a instauração de verificação preliminar de informação, permanecerão sobrestados em caráter provisório, condicionado ao surgimento de fatos que possibilitem a sua instauração.

[...]”

## **FORMALIZAÇÃO DO ACERVO ACAUTELATÓRIO (SOBRESTAMENTO) DO BOLETIM DE OCORRÊNCIA POLICIAL OU NOTÍCIA-CRIME**

Não se pode perder de vista a necessidade de manutenção e controle dos atos de Polícia Judiciária já materializados, nos casos de acautelamento. Assenta-se em dois fundamentais motes.

A um, permite que o órgão censor (Corregedoria) ou o Ministério Público (mediante controle externo) verifiquem que a Polícia Judiciária tomou providências para esclarecer os fatos e quais os óbices para sua continuação.

A dois, em caso de serem bem-sucedidas as investigações, mediante fato novo, aquilo já sedimentado virá ao grampo dos autos e arrimará a investigação.

Exemplificando: em caso de furto qualificado mediante rompimento de obstáculo, investigadores foram a campo, verificaram ausência de câmeras de segurança e inexistência de possibilidade de rastreamento do objeto material e do possível criminoso (tornozeleiro monitorado [que usa tornozeleira eletrônica] no local ou nas imediações dos fatos, por exemplo), carecendo também de testemunhas, mesmo com entrevistas de vizinhos do sítio da ocorrência e transeuntes. Ademais, no exemplo a perícia técnica acionada não constatou vestígios de fragmentos papiloscópicos, plantares e evidências que pudessem chegar à autoria.

Neste caso, a instauração de inquérito policial nos parece temerária e afronta a razoável duração das investigações e a própria eficiência e interesse público, ao mesmo tempo em que descaracteriza qualquer ressaibo de cometimento de prevaricação. Axiomas lógicos impedem o progresso das investigações, pois todo esforço possível foi empregado. Assim, o boletim de ocorrência (B.O.) e as informações do setor de investigação permanecem materializados e em “estado de vigília” (uma espécie de prontidão documental). Com advento de novos elementos (exemplo: localização da “res furtiva” com terceiros, surgimento de nova testemunha etc), a rota investigativa não só será retomada como formalizada por meio de inquérito policial. Nada é descartado ou perdido. Arreda-se o desperdício de tempo da máquina policial com formalismos inúteis, cuja energia poderá ser usada para apuração de outros crimes presentes nos constantes e ininterruptos registros policiais, em verdadeiro prestígio aos princípios constitucionais da eficiência e do interesse público.

Reputamos prescindível o encaminhamento de todos os feitos acautelados para reanálise imediata do Ministério Público, desde que eles sejam disponibilizados para inspeções. A transparência pode ser garantida por simples ofício ao *parquet* com listagem de feitos. Do contrário, solapa-se todo escopo do instituto que justamente repousa em conferir velocidade apuratória e propiciar gestão do tempo para apuração de investigações formatadas alhures. E, pisamos e repisamos, a decisão de acautelamento não representa o desfecho investigativo, mas uma momentânea paralisação (involuntária), aguardando informações vindouras para desdobramentos.

### **VERIFICAÇÃO DE PROCEDÊNCIA DAS INFORMAÇÕES (“VPI”, “AVP”, “VP” DENTRE OUTRAS TERMINOLOGIAS EQUIVALENTES)**

O instituto da verificação preliminar além de encontrar amparo legal, serve como verdadeiro filtro, para evitar investigações temerárias e inúteis e que não atendam aos princípios constitucionais da eficiência e do interesse público republicano.

O art. 5º, § 3º, do CPP assentar a possibilidade de investigação preliminar. A propósito, confiremos o que reza:

“**Art. 5o** Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

[...]

§ 3o Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, **verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito**”.

O legislador ordinário também fez esta opção para não vulgarizar a instauração de procedimento policial para toda e qualquer situação de notícia-crime.

Encampando a “mens legis” e “mens legislatoris”, a própria doutrina e jurisprudência reconhecem este instrumento no seio da investigação policial.

Assim, é inegável a existência deste instituto, tanto é verdade que a título de exemplo, a Academia de Polícia Civil de Mato Grosso em seu Enunciado nº 10 preconiza o instituto da investigação preliminar a saber:

“Enunciado nº 10: Quando a notícia de fato não viabilizar instauração de procedimento investigatório, o Delegado de Polícia responsável determinará a verificação da procedência das informações a título de investigação preliminar sumária, com esteio no art. 5º, §3º, do CPP, visando à obtenção de elementos que exteriorizem a justa causa e/ou da materialidade delitiva para instauração de procedimento formal”.

Corroborando esta previsão e nesta caminhada, a Portaria DGP 18/1998 da Polícia Judiciária Civil do Estado de São Paulo em seu art. 1º assenta que:

ART. 1º - A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL, QUANDO LEGALMENTE POSSÍVEL, DEPENDERÁ, SEMPRE, DE PRÉVIA E PERTINENTE DECISÃO DA AUTORIDADE POLICIAL QUE, COM ESSA FINALIDADE, EXPEDIRÁ, EM ATO FUNDAMENTADO, PORTARIA NA QUAL FARA CONSTAR DESCRIÇÃO OBJETIVA DO FATOS CONSIDERADO ILÍCITO, COM A PRELIMINAR INDICAÇÃO DE AUTORIA OU DA MOMENTÂNEA IMPOSSIBILIDADE DE APONTÁ-LA, E AINDA A CLASSIFICAÇÃO PROVISÓRIA DO TIPO PENAL ALUSIVO AOS FATOS, CONSIGNANDO, POR ÚLTIMO, AS PROVIDÊNCIAS PRELIMINARMENTE NECESSÁRIAS PARA A EFICIENTE APURAÇÃO DO CASO.

Em outras palavras, o ato normativo supra estar a dizer que, a instauração do competente inquérito policial não é um ato automático, mas que depende de elementos materiais e formais que permitam tal ato, mormente agora com a vigência da nova Lei de Abuso de Autoridade que incrimina condutas de instaurar procedimento policial sem indícios de prática de crime (art. 27, LAA) ou sem justa causa fundamentada (art. 30, LAA) dentre outras condutas.

### **DA DELAÇÃO APÓCRIFA**

Notícia-crime apócrifa também não pode desencadear automaticamente a instauração de inquérito policial.

Segundo a jurisprudência e doutrina, é necessária diligência prévia para depois em se confirmando a versão, se permitirá a investigação por meio do procedimento policial apto a tanto.

Para tanto, mais uma vez investigação preliminar com diligências é essencial para demonstrar a procedência ou não da denúncia apócrifa, conhecida por denúncia anônima também.

### **NÃO INCIDÊNCIA DO CRIME DE PREVARICAÇÃO**

Entendemos que a realização de acautelamento de boletim de ocorrência policial, objeto de investigação preliminar sem sucesso para instauração de investigação, não configura o crime de prevaricação.

Não faz sentido ignorar princípios constitucionais, em prol de uma investigação previamente filtrada que neste instante não se apresenta apta a deflagrar uma investigação útil e que se esmere na eficiência e interesse público.

Comungando deste entendimento de não ocorrência de crime de prevaricação o acautelamento de boletim de ocorrência policial, a Academia de Polícia Civil de Mato Grosso em seu Enunciado nº 52 preconiza o instituto da investigação preliminar a saber:

“Enunciado 52 – Não configura crime de prevaricação ou infração disciplinar o não-registro de ocorrência policial, cujas eventuais informações preliminares não demonstrem a existência de infração penal”.

Nesta mesma senda, desnatura-se, a nosso sentir, violação a dever funcional, já que a máquina policial foi movimentada e providências para aclarar os fatos foram tomadas. A verificação preliminar tem amparo legal. A investigação acautelada não foi sepultada ou descartada. Apenas exaurida (momentaneamente) e em compasso de espera.

A par de reforçar nossas falas e corroborando esta previsão, a Portaria DGP 18/1998 da Polícia Judiciária Civil do Estado de São Paulo em seu art. 1º assenta que:

ART. 1º - A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL, QUANDO LEGALMENTE POSSÍVEL, DEPENDERÁ, SEMPRE, DE PRÉVIA E PERTINENTE DECISÃO DA AUTORIDADE POLICIAL QUE, COM ESSA FINALIDADE, EXPEDIRÁ, EM ATO FUNDAMENTADO, PORTARIA NA QUAL FARA CONSTAR DESCRIÇÃO OBJETIVA DO FATOS CONSIDERADO ILÍCITO, COM A PRELIMINAR INDICAÇÃO DE AUTORIA OU DA MOMENTÂNEA IMPOSSIBILIDADE DE APONTÁ-LA, E AINDA A CLASSIFICAÇÃO PROVISÓRIA DO TIPO PENAL ALUSIVO AOS FATOS, CONSIGNANDO, POR ÚLTIMO, AS PROVIDÊNCIAS PRELIMINARMENTE NECESSÁRIAS PARA A EFICIENTE APURAÇÃO DO CASO.

Dito de outra forma, o ato normativo em testilha acima implica no entendimento de que, a instauração do competente inquérito policial não é um ato automático, mas que depende de elementos materiais e formais que permitam tal ato, mormente agora com a vigência da nova Lei de Abuso de Autoridade que incrimina condutas de instaurar procedimento policial sem indícios de prática de crime (art. 27, LAA) ou sem justa causa fundamentada (art. 30, LAA) dentre outras condutas.

Somado a isto, quando faltar condição de procedibilidade também, o mesmo raciocínio de não configuração de crime de prevaricação e de infração administrativa-disciplinar deverá imperar. Neste prumo, por razões lógicas e não poderia ser diferente, a Academia de Polícia Civil de Mato Grosso previu em seu Enunciado nº 53 que não configura prevaricação ou infração disciplinar-administrativa a não instauração de procedimento policial quando não estiver implementada as condições de procedibilidade nos casos de infração penal de ação penal privada ou pública condicionada à representação. Vejamos:

**“Enunciado 53** – Não configura crime de prevaricação ou infração disciplinar a não instauração de procedimento policial, quando não estiver implementada as condições de procedibilidade nos casos de infração penal de ação penal privada ou pública condicionada à representação”.

## **HIPÓTESES MAIS COMUNS DE ARQUIVAMENTO DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA**

FATO ATÍPICO:

Não se desconhece que as agruras da população, notadamente mais carente e alijadas de acesso à cultura e assistência jurídica, buscam desafogo nas Delegacias de Polícia. Lá repousam, pela facilidade de acesso, sua projeção de gratuita, célere e informal solução do suas controvérsias, valendo-se da autoridade policial para compor interesses em conflito, donde resulta tantos registros de ocorrências não criminais. Exemplos encontramos aos borbotões. Deste invasão pacífica de terrenos, desacerto comercial, convívio familiar conflituoso, inadimplemento contratual etc.

Como efeito prodrômico, tais registros acabam por, obliquamente, desafogar o Poder Judiciário, pois, não raras vezes, soluciona a celeuma, assentado no arraigamento cultural da figura do Delegado como gestor de conflitos. A documentação da ocorrência, neste cenário, não cumpre a precípua função de Polícia Judiciária, não restando outra alternativa, senão o seu arquivamento. Referida chancela nada mais é que a declaração da autoridade policial que aquele caso apresentado não tem status criminal e não haverá desdobramentos apuratórios.

Nesta senda, a Portaria DGP 18/1998 da Polícia Judiciária Civil do Estado de São Paulo em seu art. 2º, § 1º, prega que:

“ART. 2º - A AUTORIDADE POLICIAL NAO INSTAURARA INQUERITO QUANDO OS FATOS LEVADOS A SUA CONSIDERACAO NAO CONFIGURAREM MANIFESTAMENTE, QUALQUER ILICITO PENAL .

[...]

§ 1º - IGUAL PROCEDIMENTO ADOTARA, EM FACE DE QUALQUER HIPOTESE DETERMINANTE DE FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A DEFLAGRACAO DA INVESTIGACAO CRIMINAL, DEVENDO, EM ATO FUNDAMENTADO, INDICAR AS RAZOES JURIDICAS E FATICAS DE SEU CONVENCIMENTO.”

### **ESCUSA ABSOLUTÓRIA ABSOLUTA:**

Nos crimes patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, entre ascendentes e descendentes e cônjuges (a doutrina abarca também companheiros) está presente referido instituto jurídico. Em razão de política criminal, o estatuto repressivo evita a punição de tais comportamentos. Há que se atentar às exceções legais delineadas, em especial quando a vítima é idosa e ao estranho que comete o delito. De mais a mais, entende-se, de forma majoritária, que sequer o inquérito policial deve ser instaurado, quando evidenciado, em especial, que o delito não foi praticado em concurso de pessoas, tampouco haja indício de delito parasitário, como receptação e favorecimento real.

O que está em jogo (nas escusas), ademais, não é o processo de individualização da pena ou a pena, que é consequência do injusto penal culpável, senão a própria existência do fato punível (que, de acordo com a compreensão, abarca quatro requisitos: tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade - cf. Gomes, Luiz Flávio, Norma e bem jurídico no Direito penal, São Paulo: RT, 2002).

A escusa absolutória, diferentemente do que ocorre na inviolabilidade penal, não afeta nenhum dos três primeiros requisitos citados (o fato é, portanto, típico e antijurídico e o agente é culpável; há um injusto penal culpável); o que ela impede, isso sim, é a configuração do quarto requisito do fato punível, a punibilidade, que é afastada em razão de interesses mais importantes (preservação da unidade familiar etc.).

Conforme escólio de Luiz Régis do Prado “a presente imunidade, não pode ser desencadeada a persecução penal pela simples razão de não se poder impor ao agente a “sanctio juris” (PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 2, 2ª edição, p. 633)

Na mesma direção há precedentes jurisprudenciais em torno da temática. Veja:

*“A imunidade penal absoluta, prevista no art. 181 do CP, é impeditiva de procedimento criminal, contra quem, de antemão, está isento de pena, já que o processo, em tais condições, não teria objetivo ou finalidade, sendo certo que, não se justifica a instauração de inquérito policial, destinação a apuração da infração penal, como preparatório para a ação, uma vez que, inteiramente desnecessário na espécie (RJTACRIM 39/361)”.*

E mais:

*“Nos termos do art. 181 do CP, é isento de pena, por imunidade absoluta (...) o que, por si só, impede a instauração de inquérito policial ou mesmo de ação penal, por falta de interesse de agir (RT 764/574)”.*

Em abono a nossa tese, a Academia de Polícia Civil de Mato Grosso previu em seu Enunciado nº 96 a possibilidade de o Delegado de Polícia, como operador do direito, avaliar as escusas absolutórias dentro do feixe da “justa causa” entre outros desdobramentos jurídicos, mormente diante da nova Lei de Abuso de Autoridade, senão vejamos:

**“Enunciado 96 – É legítimo pelo ordenamento jurídico, o Delegado de Polícia, como operador do direito, avaliar as escusas absolutórias**

dentro do feixe da “justa causa” entre outros desdobramentos jurídicos, mormente diante da nova Lei de Abuso de Autoridade”.

A instauração de procedimento policial conduziria certamente a um constrangimento ilegal, sujeitando o procedimento inclusive a trancamento dentre outras consequências jurídicas.

### **AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE:**

Nos crimes cuja persecução é de iniciativa do ofendido ou representante legal, apenas mediante sua provocação e interesse movimenta-se a máquina estatal para concretizar o direito de punir do Estado. Deste modo, não havendo representação ou requerimento a autoridade policial não poderá agir. Havendo, assim, renúncia ou decadência, a autoridade policial – por imperativo – deve arquivar o boletim de ocorrência, pois desautorizado a agir de ofício para trâmites investigativos ulteriores.

Neste ponto, por óbvio e não poderia ser diferente, a Academia de Polícia Civil de Mato Grosso previu em seu Enunciado nº 53 que não configura prevaricação ou infração disciplinar-administrativa a não instauração de procedimento policial:

**“Enunciado 53** – Não configura crime de prevaricação ou infração disciplinar a não instauração de procedimento policial, quando não estiver implementada as condições de procedibilidade nos casos de infração penal de ação penal privada ou pública condicionada à representação”.

A instauração de procedimento policial ao arrepio da autorização do legitimado legal conduziria certamente a um constrangimento ilegal, sujeitando o procedimento inclusive a trancamento dentre outras consequências jurídicas.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Não há falar em prevaricação da autoridade policial, espancando qualquer argumento oposto, quando esta fomenta o acautelamento (sobrestamento) de boletins de ocorrência ou notícia-crime cujo resultado de diligências voltadas para a sua elucidação restaram infrutíferas, após esgotamento de todos os recursos investigativos disponíveis naquele comenos. Tal ato não se reveste da mesma natureza de um arquivamento e a retomada apuratória se dá com surgimento de novos elementos, sem prejuízo dos atos praticados e documentados que irão compor todo acervo instrutório preliminar.

A escolha pelo formalismo cego (e demagógico) - instauração de inquérito policial em todos os casos de notícias crime - colide com a eficiência preconizada pela Constituição e solapa a escorreita apuração criminal por indiretamente inviabilizá-la. A



eleição do expediente acautelatório (sobrestamento) prestigia tanto a obrigatoriedade da persecução, quanto a obtenção de melhores resultados na seara investigativa dentro do princípio constitucional da eficiência e do interesse público, distribuindo tempo e recursos de maneira equilibrada e sólida. A disponibilidade documental ao representante do Ministério Público e órgãos censores e superiores garantem transparência e controle daquilo que fora produzido e dos motivos do acautelamento interino.

Por fim, encerramos o presente trabalho sugerindo que todas as instituições de Polícia Judiciária editem regulamentação sobre o acautelamento (sobrestamento) de boletins de ocorrência ou notícia-crime, conferindo segurança jurídica aos seus delegados de polícia no exercício do seu múnus.

#### **Referências bibliográficas:**

SAYEG, Ronaldo. **Inquérito Policial Democrático**, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Manual de Inquérito Policial**, Editora CEI, 2020.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, vol. 2, 2ª edição.

## A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA.

**BRUNA DA SILVA BRAVO:**

Bacharelanda em Direito da  
Universidade de Gurupi-UNIRG

ANDRÉ HENRIQUE OLIVEIRA LEITE<sup>173</sup>.

(coautor)

**RESUMO:** A saúde é um direito social e dever do Estado administra-la conforme o Art. 6º e 198 da Constituição Federal. Porém a judicialização da saúde pública torna-se para muitos a única alternativa para adquirir o tratamento necessário que foi rejeitado pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Vários são os problemas que ocasionam a judicialização da saúde, mas o principal é o déficit no funcionamento da mesma. E essa deficiência pode causar desequilíbrios nos orçamentos podendo, assim, lesar as políticas públicas. Alguns cidadãos podem atravessar a vida sem precisar de mover ações, mas é imprescindível o fato de que todos nós necessitamos do direito à saúde. O trabalho em questão tem como foco a análise da judicialização da saúde pública, relacionando com a Constituição Federal e demais legislações pertinentes ao tema. Para a organização dos argumentos que sustentam este trabalho, optou-se pela utilização do método bibliográfico e descritivo. Utilizando como mecanismo de pesquisa doutrinas, artigos científicos, legislações, monografias, revistas e estatísticas de órgãos oficiais.

**Palavras-chave:** SUS. Constituição Federal. Direito Social. Direito Fundamental.

**ABSTRACT:** Health is a social right and the duty of the State to administer it in accordance with Articles 6 and 198 of the Federal Constitution. However, the judicialization of public health becomes for many the only alternative to acquire the necessary treatment that was rejected by the Unified Health System (SUS). There are several problems that cause the judicialization of health, but the main one is the deficit in its functioning. And this deficiency can cause imbalances in budgets and can thus harm public policies. Some citizens can go through life without having to take action, but it is essential that we all need the right to health. The work in question focuses on the analysis of the judicialization of public health, relating to the Federal Constitution and other legislation relevant to the theme. For the organization of the arguments that support this work, it was decided to use the bibliographic and descriptive method. Using as search engine: doctrines, scientific articles, legislation, monographs, magazines and statistics from official bodies.

**Keywords:** Unified Health System. Federal Constitution. Social Law. Fundamental Law.

---

<sup>173</sup> Professor no curso de Direito da Universidade de Gurupi – UNIRG.

## INTRODUÇÃO

Quando uma pessoa está doente e procura o hospital, o que se espera é que ela seja diagnosticada e tratada. Porém em alguns casos o sistema SUS não disponibiliza o tratamento. Alguns desses pacientes acaba procurando o sistema judiciário para conseguir a terapia. Porém esse processo requer tempo e paciência, mas na maioria das vezes o que essas pessoas menos têm é tempo, pelo fato de já estarem fragilizados pela doença.

Desde a década de 90 que a prática da judicialização da saúde foi iniciada, em decorrência da dificuldade que o governo possui de disponibilizar todo e qualquer tipo de intervenção médica, medicamentosa ou até mesmo cirúrgica. Apesar das pessoas acharem que as ações judiciais são meios adequados de solucionar o problema encontrado no SUS, pesquisas demonstram que esse pensamento é errôneo pois elas não proporcionam isonomia.

Ainda que a judicialização resolva o problema, os gastos com medicamentos individuais são maiores do que adquirir os mesmos em quantidades maiores e com valores negociados. Todo esse gasto provoca um desequilíbrio orçamentário sendo que esse valor poderia ser melhor investido se houve-se a prevenção na compra destes medicamentos.

Assim sendo, o presente trabalho tem a finalidade de compreender os fatos que envolve a judicialização da saúde pública e o Direito à saúde. Trazendo para estes possíveis resultados que contribuirá para a diminuição da problemática. Ofertar soluções que contribuirão para a redução nos números de ações abertas anualmente.

Desenvolvido através do método bibliográfico e descritivo o presente trabalho também apresenta posicionamentos voltado aos direitos sociais previstos na Constituição Federal (CF/88), em que prevê a garantia do direito à saúde. Assim como posicionamentos doutrinários sobre o tema e os efeitos que as ações judiciais causaram para o Sistema Único de Saúde, para os usuários do sistema e os requerentes.

### **1 DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS).**

Enquadra como um direito fundamental o direito a saúde sempre esteve entrelaçado com o direito à vida. Pois com a ausência de um, o outro simplesmente deixa de existir. A saúde é um direito de todos sem distinção de raça, cor ou status social conforme disposição no Art. 5º da Carta Magna complementado pelo art. 2º da Lei nº 8080/90. Mas para ter saúde não é só ter atendimento médico conforme fala do sanitarista e médico Sergio Arouca em 1986 "Saúde não é simplesmente a ausência de doença. É muito mais que isso. É bem-estar físico, mental, social, político".

Também exemplificado no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos onde diz que “todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis...” Com tamanha importância o mesmo foi estabelecido no contexto nacional pela Constituição Federal de 1988 tendo para si o artigo 6º que estabeleceu a saúde como um direito social.

Art. 6º 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. (BRASIL, 1988)

Porém antes de ser prevista na constituição, a saúde estava ligada a previdência social e a filantropia. Mas na década de 70 iniciou-se o movimento da reforma sanitária com o intuito de definir quais eram as necessidades na área da saúde.

Em 1986 a reforma foi consolidada e transformada em projeto com a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde. O evento ocorreu em Brasília e foi presidido pelo Médico Sergio Arouca que na época era presidente da Fundação Osvaldo Cruz (Fiocruz), tendo como base a discursão: o direito universal de acesso à saúde e um novo modelo de saúde para o País.

Mas foi apenas em 1988 que foi criado o Sistema Único Saúde (SUS) pela Constituição Federal em seu artigo 196. No referido artigo também ficou estabelecido que é responsabilidade do Estado sendo que o dever é mutuo entre os entes federativos União, Estado e Municípios tornando-os responsáveis pela proteção, distribuição e melhoria conforme art.23 inciso II da CF/88:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (BRASIL, 1988)

E para gerir esse amplo sistema no ano de 1990 foi criada a Lei 8.080 que institucionalizou e regularizou o SUS estabelecendo princípios e diretrizes. Reforçou que a saúde é um direito de todos, devendo ser disponibilizada de forma igualitária e integral em todo o território nacional senso esse dever do Estado.

O SUS é o primeiro sistema único de saúde público do mundo podendo ser considerado uma das maiores conquistas do nosso ordenamento jurídico. Teve como moldes o sistema de saúde do Reino Unido onde o carro chefe é a saúde pública e os

planos de saúde privados serve de complemento. Em nosso sistema este complemento está reconhecido no artigo 4º, §2º da Lei nº 8080/90.

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).

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar. (BRASIL, 1990)

Em média são 150 milhões de brasileiros dependentes exclusivamente dele, são 2,8 bilhões de atendimentos anuais. Essa assistência vai do suporte ambulatorial até atendimentos de alta complexidade por exemplo a quimioterapia.

Conforme discorre SANTOS (2021, p.1):

Ao SUS compete atuar em todos os campos definidos pelo art. 3º da Lei Complementar 141, de 2012, que explicita o que são ações e serviços de saúde para efeito do seu financiamento. Dentro do escopo traçado pela Lei Complementar 141, caberá ao Poder Público definir as ações e serviços de saúde capazes garantir a integralidade da assistência à saúde, conforme definição do art. 7º, II, da Lei 8.080, de 1990, compatibilizando essas ações e serviços com as necessidades de saúde da população e seu financiamento obrigatório previsto na própria Lei Complementar 141. (2021, p.1)

As ações e serviços de saúde definidas pelo Poder Público são feitas pelo conselho de saúde. Faz parte deste conselho o Estado e a Sociedade e suas definições são publicadas pela Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES), trata-se da relação de ações e serviços públicos garantidos pelo SUS e tem previsão no Decreto nº 7.508/11.

Mas o que pode ser observado é a crescente procura por planos de saúde privada em nosso país os quais são regidos pela Lei 9.656/98. Em média 24% da população brasileira possui cobertura de plano privado, segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Mesmo possuindo um plano privado essas pessoas podem usufruir do Sistema Único de Saúde. Mas conforme Art. 32 da Lei 9.656/98 o SUS deve ser ressarcido pelas operadoras.

Vários são os problemas que levam as pessoas a procurarem os planos privados. Sendo que os mais comuns são a demora do atendimento e a falta de recursos. Mas para

as pessoas que não possuem condições de adquirir um plano privado de saúde a forma que eles tiveram para resolver os transtornos foi ingressando com ações no sistema judiciário o que gerou o termo “judicialização da saúde”.

Todas as pessoas que ingressão com as ações tem seu direito a saúde garantido no art.6º da Constituição Federal. Assim como é assegurado a efetivação do direito não podendo ser excluído o Poder Judiciário conforme disposição do art. 5º inciso XXXV da Constituição Federal.

## **2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA**

Muitos são os fatores que levam uma pessoa a adquirir uma doença sendo eles genéticos, sociais ou um incidente. Um exemplo desses fatores é o capitalismo que gerou novos problemas de natureza sanitária que agravou as desigualdades sociais. O que provocou o surgimento ou a expansão dos problemas da população urbana trabalhadora, como depressão, ansiedade, dentre tantas outras (MARQUES et. al, 2019, *apud* SOUZA, 2009).

Com o decorrer dos anos foi notado uma falta de recursos para atender a demanda dos serviços juntamente com incontáveis problemas relacionados ao fornecimento de saúde. Dentre eles destacam-se a escassez de materiais, atraso no repasse de verbas públicas, lotação nas unidades de saúde, dentre tantos outros.

A união destas desvantagens acabou culminando em uma onda de ações judiciais iniciadas na década de 90 e tendo um aceleração no início dos anos 2000. Segundo pesquisa do Insper (2021, p.1) produzida para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2016 “[...] o gasto com demandas judiciais na saúde consumiu R\$ 1,3 bilhões. A lista com os dez medicamentos mais caros é responsável por 90% desse valor.”. Sendo que a mesma relata que:

A pesquisa identificou que o setor de saúde foi responsável por 498.715 processos de primeira instância distribuídos em 17 tribunais de justiça estaduais, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais de justiça estaduais. Os números refletem no orçamento do Ministério da Saúde, que registrou um crescimento, em sete anos, de aproximadamente 13 vezes nos gastos com demandas judiciais, [...]. (CNJ, 2019, p.1)

Segundo FERRAZ (2019) os dados mais recentes mostram que “mais de 800 mil novas ações envolvendo a saúde pública ingressaram nos tribunais brasileiros nos últimos cinco anos, sendo uma grande parte delas pedidos de medicamentos contra o Estado”. E os gastos dessas ações ultrapassaram a casa do bilhão no ano de 2006.

[...]em 2004, as despesas totais com ações e serviços públicos de saúde financiadas com recursos próprios de municípios, estados e União totalizaram 3,69% do PIB (SIOPS, 2007). Se aplicarmos esse percentual ao PIB de 2006, teremos um valor aproximado de gasto público total com ações e serviços de saúde de 85,7 bilhões de reais nesse ano. (FERRAZ, 2019, on-line)

A assistência farmacêutica disponibilizada pelo SUS está organizada no Decreto nº 7.508/11. Este decreto estabeleceu a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) conforme disposição na Seção II do devido decreto. Tendo o Ministério da Saúde como órgão competente para dispor sobre e sua atualização é feita a cada dois anos conforme art. 26 parágrafo único do Decreto nº 7508/11.

Art. 26. O Ministério da Saúde é o órgão competente para dispor sobre a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas em âmbito nacional, observadas as diretrizes pactuadas pela CIT. Parágrafo único. A cada dois anos, o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da RENAME, do respectivo FTN e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. (BRASIL, 2011)

Para a pessoa ter acesso aos medicamentos previstos na RENAME é necessário um atendimento no SUS e prescrição feita por um profissional de saúde em conformidade com os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. E esses medicamentos devem estar listados na relação complementar distrital, estadual ou municipal de medicamentos e a sua distribuição é feita em unidades indicadas pelo SUS. Apesar dos avanços em relação a ampliação da distribuição de medicamentos e a política de genéricos e pesquisa de fitoterápicos ainda existe uma discrepância no acesso, o que ocasiona várias ações no judiciário brasileiro (SUS,2021).

**EMENTA:** AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos,

além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido. (STF - RE: 607381 SC, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 31/05/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00209)

Conforme exposto a jurisprudência dispõe sobre a pessoa se enquadrar nos requisitos para receber o medicamento, e mesmo assim os entes federativos acabam criando obstáculos e não entregam a medicação. O que leva o paciente a procurar o judiciário para consegui-lo sendo que este direito é garantido pela Constituição.

### **3 EXTREMA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA.**

As ações judiciais são a última e única alternativa e têm como objetivo a disponibilização de medicamentos, tratamentos, exames, leitos hospitalares e até mesmo cirurgias que não estão disponíveis ou que foram negadas. De acordo com levantamento feito pelo Insper os tratamentos medições e medicamentos correspondem a 8.76% dos pedidos nos processos em primeira (CNJ, 2019, p1).

Porém pode ser observado que o direito a saúde está sendo confundido com a medicalização provocando a extrema judicialização. Segundo MARQUES et. al. (2019):

Exemplo disso é a questão da opção sexual, que tem sido concebida em diversas decisões judiciais sob o prisma da saúde e pelo que se tem chamado de "biodireito", análogo à biomedicina. Outro exemplo é a sobrevalorização do saber médico e farmacêutico na composição de Núcleos de Apoio Técnico nos tribunais. Nesse sentido, o



reconhecimento do direito à saúde tem passado pela medicalização, o que revela a tensão da aproximação entre direito e saúde no Brasil.

É notório a importância de não lesar o solicitante, mas é necessário que os magistrados possuam uma cautela ao deferir a ação. Pois uma ação pode ser precedente de tantas outras mais. Podendo acarretar um prejuízo para a sociedade pois põem em risco a manutenção do sistema de saúde, já que as verbas serão desviadas provocando uma desordem na atividade administrativa do sistema.

Desse modo, não é sustentável a interpretação de que o direito à saúde consiste no fornecimento de medicamentos na medida das necessidades individuais. O julgador deve ter consciência que a adoção desse entendimento comprometerá, na verdade, a universalidade e, por consequência, a equidade do sistema de saúde. É inegável que o juiz carece de elementos para avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. No entanto, o que se defende aqui é a necessidade de o juiz, no caso concreto (microjustiça), ponderar, ao menos, se o deferimento de uma determinada prestação na área da saúde vai ou não comprometer, financeiramente, o acesso à saúde para toda a coletividade de cidadãos (macrojustiça). (MENDONÇA, 2018, p. 1)

Esse dinheiro que é gasto com a judicialização da saúde poderia ser utilizado para o melhoramento da mesma. Sendo que a maior parte desses problemas podem ser solucionados com políticas públicas integradas em diversas áreas. Porém essas políticas possuem alguns problemas técnicos como a garantia de se saber a sua eficiência. E mesmo que soubéssemos quais políticas são eficazes seria difícil de implementar pois os recursos para aplica-las são escassos FERRAZ (2009, apud NEWDICK, 2005, on-line).

Ainda que soubéssemos exatamente quais políticas são eficazes para garantir o mais alto grau de saúde possível a toda a população, seria impossível implementar todas essas políticas. Isso porque, enquanto as necessidades de saúde são praticamente infinitas, os recursos para atendê-las não o são, e a saúde, apesar de ser um bem fundamental e de especial importância, não é o único bem que uma sociedade tem interesse em usufruir. (2009, apud NEWDICK, 2005, on-line).

Em março de 2020 o STF por meio do Recurso Extraordinário (RE) nº566471, decidiu que os Estados não são obrigados a fornecerem medicamentos de alto custo que não estejam na lista disponibilizada pelo Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS).

Tão pouco o Estado é obrigado a disponibilizar medicamentos experimentais que não possui registro pela ANISA conforme Recurso Extraordinário (RE) nº 657.718 adotada pelo STF. Mas existe outros Recursos Extraordinários e projetos de lei que visam a diminuição da judicialização da saúde pública e soluções para demais problemas relacionados.

De certa forma é difícil dizer que a judicialização da saúde é ruim ou boa pois depende do tipo de ação que foi ingressada na justiça. Quando a ação possui o objetivo de conseguir algo motivado por falhas administrativas, indiferença e corrupção esse é o caso da “judicialização boa”. Mas quando a ação é gerada com o intuito de conseguir tratamentos que não deveriam ser fornecidos com base nos princípios consolidados da saúde pública este é o exemplo da “judicialização ruim” (FERRAZ, 2019).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Judicialização da Saúde Pública vem aumentando cada vez mais com o decorrer dos anos, principalmente pelo avanço da medicina e o melhoramento dos tratamentos médicos. Indagar sobre a temática é trazer à tona uma questão social entrelaçada com direito a vida e com a responsabilidade do Estado.

É evidente a existência de discrepâncias em relação ao direito à saúde e a realidade orçamentaria, o que gera obstáculos para o alcance do equilíbrio do Sistema Público de Saúde.

Apesar das inúmeras ações ingressadas no judiciário para procurar consolidar o direito constitucional a saúde o que foi demonstrado durante o desenvolvimento do trabalho foi o inverso. Devido ao alto custo que as ações judiciais provocam para o Estado quando são determinar a concessão de serviços e principalmente medicamentos que não estão previstos no orçamento ocasionando desequilíbrio orçamentário.

Para que exista o equilíbrio e o alcance de decisões justa é necessário que os magistrados façam uma interpretação além da lide tendo em mente a justiça coletiva a macrojustiça. O juiz deverá analisar o impacto que a medida provocara na materialização do direito a saúde no âmbito coletivo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE; Zenaida Tatiana Monteiro. **Da efetivação do direito a saúde no Brasil**. Âmbito Jurídico, 1 de março de 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/da-efetivacao-do-direito-a-saude-no-brasil/>. Acesso em: 20 de abril de 2021.

ANTUNES; André. O papel da saúde privado em países com sistemas universais. EPSJV/Fiocruz, 21 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/o-papel-da-saude-privada-em-paises-com-sistemas-universais>

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL. Decreto nº 7.508, 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde – SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm)

BRASIL. Lei 8.142, 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm)

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF-AG.REG. No recurso extraordinário: RE 607381 SC 2011 Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 31/05/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00209. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19844868/agreg-no-recurso-extraordinario-re-607381-sc>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

CARVALHAIS; Mariana Graziela Almeida Lopes. **A judicialização da saúde e os seus reflexos em tempos de Covid-19**. Consultor Jurídico, 26 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/mariana-carvalhais-reflexos-judicializacao-saude>

CHARLEAUX; João Paulo. O que é e como funciona o SUS britânico. NEXO 14 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/04/14/O-que-%C3%A9-e-como-funciona-o-SUS-brit%C3%A2nico>

Conheço os seus Direitos: SUS. **Oncoguia**, 23/10/2012. Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/conteudo/entrevista-conheca-os-seus-direitos->

sus/838/8/#:~:text=Por%20meio%20do%20Sistema%20%C3%A9Anico, tratamentos%20e%20acessos%20aos%20medicamentos.

Dados gerais. **Agência Nacional de Saúde Suplementar.** Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>

FERRAZ; Octávio Luiz Motta. **Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil.** Rev. direito GV vol.15 no.3 São Paulo 2019 Epub Nov 14, 2019. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322019000300208](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300208)

FERRAZ; Octávio Luiz Motta; VIEIRA; Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante.** Revista de Ciências Sociais, vol.52 no.1 Rio de Janeiro mar. 2009. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582009000100007&lng=pt&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007&lng=pt&tlng=pt)

MALLMANN; Eduarda. **Direito à saúde e a responsabilidade do Estado.** DireitoNet, 31 de outubro de 2012. Disponível em: [https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado#:~:text=\(texto%20digital\).-](https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado#:~:text=(texto%20digital).-)  
[Art.,e%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20\(texto%20digital\).](https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado#:~:text=(texto%20digital).-) Acesso em: abril de 2021.

MARQUES; Aline, ROCHA; Carlos, ASENSI; Felipe; Monnerat; Diego Machado. **Judicialização da saúde e medicalização: uma análise das orientações do Conselho Nacional de Justiça.** Estud. av. vol.33 no.95 São Paulo Jan./Apr. 2019. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142019000100217](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142019000100217)

Medicamentos. SUS, 2021 Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/medicamentos>

O que é judicialização em saúde? Federação Brasileira de Instituições Filantrópicas de Apoio à Saúde de Mama-FEMAMA. Disponível em: <https://www.femama.org.br/pacientesnocontrole/o-que-e-judicializacao-em-saude/>

Política Nacional de Medicamentos. **Rev. Saúde Pública** 34 (2), abril de 2000. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102000000200018](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102000000200018)

PRETEL; Mariana. **O direito constitucional da saúde e o dever do Estado de fornecer medicamentos e tratamentos.** OABSP 148° Subseção de Santo Anastácio. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/O-direito-constitucional-da-saude-e-o-dever-do>

Reforma sanitária brasileira. **Toda Matéria.** Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/reforma-sanitaria-brasileira/>

REIS; Mariana Costa. **O papel de operadores do Direito na Judicialização da saúde no Brasil.** AURUM, 06 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/judicializacao-da-saude/#:~:text=A%20judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde%20%C3%A9,196%20%E2%80%93%20CF>).

ROSA; Douglas Ferreira. Judicialização da saúde no Brasil. Jus.com, abril de 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65661/judicializacao-da-saude-no-brasil>

SANTOS; Caroline. Judicialização da saúde tudo o que você precisa saber. Blog IPOG, 27 de junho de 2019. Disponível em: <https://blog.ipog.edu.br/direito/judicializacao-da-saude/>

SANTOS; Lenir. **Direito à saúde e a RENASES – Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde.** IDISA. Disponível em: [http://idisa.org.br/site/documento\\_8696\\_0\\_direito-a-saude-e-a-renases-%C3%82%E2%80%93-relacao-nacional-de-aco-es-e-servicos-de-saude.html#:~:text=A%20RENASES%2C%20conforme%20prevista%20no,integralidade%20da%20assist%C3%Aancia%20%C3%A0%20sa%C3%BAde](http://idisa.org.br/site/documento_8696_0_direito-a-saude-e-a-renases-%C3%82%E2%80%93-relacao-nacional-de-aco-es-e-servicos-de-saude.html#:~:text=A%20RENASES%2C%20conforme%20prevista%20no,integralidade%20da%20assist%C3%Aancia%20%C3%A0%20sa%C3%BAde). Acesso em:

Sistema único de Saúde. Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, 19 de maio de 2015. Disponível em: <https://www.saude.mg.gov.br/sus>

STF. **Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS.** Supremo Tribunal Federal, 11 de março de 2020. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N#:~:text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20\(SUS\)](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N#:~:text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20(SUS)).

SUS. **Pense SUS FIOCRUZ.** Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/sus>. Acesso em: 04 de abril de 2021.

TAJRA; Alex. 7 em casa 10 brasileiros dependem do SUS para tratamento, diz IBGE. Notícias UOL, São Paulo, 04 de setembro de 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/09/04/7-em-cada-10-brasileiros-dependem-do-sus-para-tratamento-diz-ibge.htm>

## **A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU DA CRIMINALIDADE DA BAGATELA PELO DELEGADO DE POLÍCIA**

**RENATA DA SILVA LIMA:**  
Bacharelada de Direito no Centro  
Universitário Luterano de Manaus -  
ULBRA

**Resumo:** O Princípio da insignificância ou da bagatela já é consagrado em nosso ordenamento jurídico, pela Doutrina e Jurisprudência, e conforme o Supremo Tribunal Federal definiu requisitos objetivos para serem preenchidos para tal aplicabilidade. Existem também os requisitos subjetivos que dizem respeito ao agente da conduta e a vítima do fato. Contudo, a aplicação do referido princípio pela Autoridade Policial é um tema não pacífico em nosso ordenamento jurídico, desta forma, o presente artigo irá abordar acerca da aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia. Logo, em uma situação como uma prisão em flagrante delito, o Delegado de Polícia realiza a análise dos elementos de autoria e materialidade, nessa fase seria possível a aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia e proteger o ordenamento jurídico? A aplicação do referido princípio pelo Delegado de Polícia vem ganhando força nos últimos tempos, todavia, é um tema ainda controverso tanto no âmbito doutrinário quanto no jurisprudencial.

**Palavras-Chaves:** Princípio da insignificância, delegado de polícia, prisão em flagrante delito.

**ABSTRACT:** The Principle of insignificance or trifle is already enshrined in our legal system, by the Doctrine and Jurisprudence, and according to the Federal Supreme Court defined objective requirements to be fulfilled for such applicability. There are also subjective requirements that concern the agent of the conduct and the victim of the fact. However, the application of this principle by the Police Authority is a non-peaceful issue in our legal system, thus, this article will address the application of the principle of insignificance by the Police Chief. Therefore, in a situation such as a prison in flagrante delicto, the Police Chief performs the analysis of the authorship and materiality elements, at this stage would it be possible for the Police Chief to apply the principle of insignificance and protect the legal system? The application of this principle by the Police Chief has been gaining strength in recent times, however, it is still a controversial issue both in the doctrinal and jurisprudential spheres.

**Keywords:** Principle of insignificance, police chief, arrest in flagrante delicto.

**Sumário:** Introdução. 1. Princípio da Insignificância ou Criminalidade de Bagatela. 1.1. Conceito. 1.2. Natureza Jurídica. 1.3. Requisitos. 1.3.1. Requisitos Objetivos. 1.3.2. Requisitos

Subjetivos. 1.4. Condições da vítima. 1.5. Aplicabilidade. 2. A aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia. 3. Considerações Finais. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

O princípio da insignificância ou princípio da bagatela vai restringir o alcance da lei penal, ou seja, nem toda conduta tipificada vai ser considerada crime, pois o referido princípio afasta a tipicidade penal (material), deixando de considerar a conduta praticada como crime.

Ele é uma causa supra legal extintiva da tipicidade material. Assim, o Direito Penal não se deve ocupar com condutas insignificantes e irrelevantes, que não geram relevância ao bem jurídico tutelado. Seu cabimento deve ser analisado no caso concreto e não de forma abstrata.

Existem requisitos objetivos e subjetivos que precisam ser levados em considerações para tal aplicabilidade, bem como as circunstâncias da vítima. Os requisitos objetivos são:

- a) Mínima ofensividade da conduta;
- b) Ausência de periculosidade social da ação;
- c) Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e
- d) Inexpressividade de lesão jurídica.

Os requisitos são muitos próximos, e com isso o Supremo Tribunal Federal não faz distinção entre eles. Desta forma, não se trata apenas de um princípio, é um fator de política criminal, sendo necessária ampla flexibilidade para aplicá-lo.

O princípio da insignificância já é consagrado em nosso ordenamento jurídico, pela Doutrina e Jurisprudência. Por sua vez, não é um tema pacífico quando se trata de sua aplicabilidade pela Autoridade Policial, assim surge o questionamento se seria possível o Delegado de Polícia realizar/reconhecer o princípio da insignificância, haja vista que, ele é Bacharel em Direito, garantidor dos direitos e garantias fundamentais e capaz de fazer a análise técnico-jurídica do caso concreto.

No momento de uma prisão em flagrante delito, seria possível aplicar o princípio da insignificância após a análise técnico-jurídica, realizada pelo Delegado? Tendo em vista que, o encarceramento de uma pessoa deve ser visto como hipótese excepcional, porque manter encarcerando alguém que cometeu uma conduta sem tipicidade?

### **1. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU CRIMINALIDADE DE BAGATELA**

#### **1.1 Conceito**

O princípio da Insignificância, também conhecido como criminalidade de bagatela, aduz que a atuação penal do Estado é vedada quando uma conduta não tem a capacidade de lesar ou colocar em perigo o bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Este princípio foi introduzido no Direito Penal na década de 1970 pelo Jurista Alemã Claus Roxin.

## 1.2 Natureza Jurídica

O princípio da insignificância é causa supralegal de exclusão da tipicidade material, acarretando a atipicidade do fato.

Nesse contexto, a tipicidade formal é o juízo de adequação entre o fato praticado e a norma penal. Já a tipicidade material é a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

Desta maneira, é no campo da tipicidade material que incide o princípio da insignificância. Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL . O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada esta na perspectiva de seu caráter material. (RHC 122.464/BA, rel. Min. Celso de Mello, 2ª. Turma, j. 10.06.2014).

## 1.3 Requisitos

Conforme Cleber Masson (2020), o reconhecimento do princípio da insignificância tem a necessidade de requisitos objetivos, que são relacionados ao fato, bem como de requisitos subjetivos, que são vinculados ao agente que praticou a conduta.

### 1.3.1. Requisitos objetivos

Os requisitos objetivos foram elencados pelo Supremo Tribunal Federal, os quais são critérios cumulativos: a) mínima ofensividade da conduta; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica. Assim dispõe a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do



comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. (RHC 118.972/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, j. 03.06.2014).

### 1.3.2. Requisitos subjetivos

Os requisitos subjetivos são vinculados ao agente que praticou a conduta e a vítima do fato.

Em relação à condição pessoal do agente, pode-se analisar, o reincidente, criminoso habitual e militar.

#### a) Reincidente

Segundo Cleber Masson (2020), existe duas posições acerca da aplicação do princípio da insignificância ao reincidente.

A primeira posição diz respeito à vedação da aplicabilidade do princípio da insignificância ao reincidente, pois não há interesse da sociedade na anuência do benefício aquele que já foi definitivamente condenado pela prática criminosa.

Por sua vez, a segunda posição admite a aplicação do princípio da insignificância em favor do reincidente, tendo em vista que a reincidência é utilizada somente na dosimetria da pena, desta maneira, o fato de ser reincidente, por si só, não afasta o referido princípio.

#### b) Criminoso habitual

O Criminoso habitual é aquele que com reiterados crimes e faz deles o seu meio de vida. Conforme menciona o Doutrinador Cleber Masson:

Criminoso habitual é aquele que faz da prática de delitos o seu meio de vida. A ele não se permite a incidência do princípio da insignificância, pois a lei penal seria inócua se tolerada a reiteração do mesmo crime, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem um determinado valor tido como irrelevante, mas o excedesse em sua totalidade. (MASSON, 2020, p. 28).

#### c) Militares

Em virtude da elevada reprovabilidade da conduta, é vedada a aplicação do princípio da insignificância nos crimes cometidos por militares. Assim, não preenche o

requisito, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, o qual é um dos requisitos objetivos elencados pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal diz:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – ressalvada a posição pessoal do relator – não admite a aplicabilidade, aos crimes militares, do princípio da insignificância, mesmo que se trate do crime de posse de substância entorpecente, em quantidade ínfima, para uso próprio, cometido no interior de Organização Militar. Precedentes. (HC 114.194 AgR/SP rel. Min. Celso de Mello, 2ª. Turma, j. 06.08.2013).

#### 1.4 Condições da vítima

Para a aplicação do princípio da insignificância também depende das condições da vítima, o qual é um requisito subjetivo, pois se leva em consideração a condição econômica da vítima, o valor sentimental do bem, as circunstâncias e o resultado do crime. Desta maneira, pode-se determinar de forma subjetiva se houve relevante lesão.

#### 1.5 Aplicabilidade

A Aplicação do princípio da insignificância é cabível em qualquer delito que seja com ele compatível e é aplicado no caso concreto.

Conforme menciona Masson (2020), há delitos que são incompatíveis com a criminalidade de bagatela. Pode-se verificar nos crimes hediondos e os equiparados, os quais receberam um tratamento mais rigoroso, previsto pelo Poder Constituinte Originário (CF, art. 5º, XLII, XLIII, XLIV).

Existem também outros delitos que não há a possibilidade do reconhecimento do princípio da insignificância, os quais podem citar: a) Roubo e crimes cometidos com grave ameaça ou violência a pessoa; b) Crimes contra a Administração Pública; c) Contrabando; d) Crimes contra a fé pública; e) Tráfico internacional de arma de fogo, e) Rádio pirata; e f) qualquer dos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher.

## 2. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Não há dúvidas que na fase Judicial pode-se aplicar o princípio da insignificância ou criminalidade de bagatela, quando atendidos seus pressupostos autorizadores no caso concreto.

E quanto à autoridade policial, poderia ela no bojo do inquérito policial ou no momento da prisão em flagrante delito, após analisar e verificar a atipicidade material do fato investigado, aplicar o princípio da insignificância?

O Superior Tribunal de Justiça entende que somente o Poder Judiciário tem poderes para reconhecer o princípio da insignificância. Conforme noticiado no informativo 441 STJ:

[...] Segundo o Min. Relator, no momento em que toma conhecimento de um delito, surge para a autoridade policial o dever legal de agir e efetuar o ato prisional. O juízo acerca da incidência do princípio da insignificância é realizado apenas em momento posterior pelo Poder Judiciário, de acordo com as circunstâncias atinentes ao caso concreto [...].

HC 154.949-MG, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 3/8/2010, noticiado no informativo 441.

Por outro lado, parte da doutrina discorda do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Para Cleber Masson, se o fato é atípico pela autoridade judiciária, também apresenta igual natureza para a autoridade policial. Vejamos:

Com o devido respeito, ousamos discordar desta linha de pensamento, por uma simples razão: o princípio da insignificância afasta a atipicidade do fato. Logo, se o fato é atípico para a autoridade judiciária, também apresenta igual natureza para a autoridade policial.

Não se pode conceber, exemplificativamente, a obrigatoriedade de prisão em flagrante no tocante à conduta de subtrair um único pãozinho, avaliado em poucos centavos, do balcão de uma padaria, sob pena de banalização do Direito Penal e do esquecimento de outros relevantes princípios, tais como o da intervenção mínima, da subsidiariedade, da proporcionalidade e da lesividade.

Para nós, o mais correto é agir com prudência no caso concreto, acolhendo o princípio da insignificância quando a situação fática efetivamente comportar incidência (MASSON, 2020, p. 42).

A figura do delegado de Polícia é o primeiro garantidor dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, assim, torna-se a primeira barreira protetora da dignidade da pessoa humana. Tal entendimento é extraído do artigo 144 e seu §4º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.
- VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

O professor e Delegado de Polícia Eduardo Cabette leciona que:

Ora, o Processo Penal (e até o próprio Direito Penal) não é instrumento repressivo e sim garantia do cidadão quanto ao impedimento de ingerências arbitrárias em sua liberdade. Ele se conforma em garantismo negativo em face do Estado e, por isso, o Delegado de Polícia, como o primeiro agente estatal a manejá-lo com conhecimento e formação técnico – jurídica, deve ser o primeiro anteparo do indivíduo, ponto de apoio para a sustentação de sua dignidade humana, de sua liberdade e de todos seus direitos fundamentais. (CABETTE, 2013, p.10.)

Nesse sentido, a Lei 12.830/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, permite que o Delegado de Polícia faça análise técnico-jurídica do fato. Assim dispõe o artigo 2º da referida lei:

“Art. 2º - As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.”

Destarte, demonstra que a Autoridade Policial pode e deve realizar uma análise técnico-jurídico do fato, e para que proceda a essa análise, necessariamente irá adentrar no mérito, não sendo uma análise meramente formal.

Exemplificando uma situação para que possamos compreender melhor, imagine-se que um indivíduo, sem antecedentes e sem qualquer periculosidade, entre em um grande supermercado e furtive uma fruta para alimentar-se. Em seguida os funcionários do supermercado conseguem capturar o indivíduo e o levam a uma Delegacia de Polícia para as medidas cabíveis.

Logo, a Autoridade Policial irá realizar a análise da tipicidade formal, o qual teria praticado o crime de furto, previsto no artigo 155 do Código Penal. Bem como realizaria a análise da tipicidade material. E assim, apesar da conduta do agente ser a adequação prevista no tipo penal, trata-se de um crime cometido por motivos familiares, ou seja, não houve afetação relevante ao bem jurídico tutelado.

Nessa situação não há dúvidas que preenchidos os pressupostos autorizadores, haveria o reconhecimento do princípio da insignificância pelo Poder Judiciário.

Por que existe a necessidade de conduzir o indivíduo à prisão por um fato atípico? Haja vista, a ausência da tipicidade material.

O Delegado de Polícia ao realizar a análise técnico-jurídico do fato, se depara com uma evidente e manifesta situação de reconhecimento do princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela, por qual motivo estaria impedido de aplicar o reconhecimento do referido princípio?

É um tema não pacífico, mas que nos últimos anos vem ganhando força, a favor que, o Delegado de Polícia pode e deve aplicar o reconhecimento do princípio da insignificância quando preenchido os pressupostos autorizadores.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo teve por objetivo a análise da aplicação do princípio da insignificância ou criminalidade de bagatela aplicada pelo Delegado de Polícia.

No decorrer da pesquisa houve uma breve explicação acerca do referido princípio, a possibilidade do reconhecimento pela Autoridade Policial, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e da Doutrina, bem como a demonstração do cargo de Delegado de Polícia como operador do rol das carreiras jurídicas e primeiro garantidor dos direitos e garantias fundamentais.

Desta maneira, foram expostos argumentos contrários e favoráveis acerca da aplicação do princípio da insignificância pela Autoridade Policial.

O presente trabalho foi sustentado acerca da aplicação do princípio da insignificância e o poder/dever do Delegado de Polícia em aplicá-lo. Logo, diante das informações e argumentações supracitadas, é considerável plenamente legal e plausível o reconhecimento do princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela aplicado pelo Delegado de Polícia.

#### 4. FERERÊNCIAS

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 em 30 de abril de 2021.

Lei nº 12.830/2013. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm)>. Acesso em 30 de abril de 2021.

RHC 122.464/BA, rel. Min. Celso de Mello, 2ª. Turma, j. 10.06.2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342359/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-122464-ba-stf/inteiro-teor-159437804>>. Acesso em 30 de abril de 2021.

RHC 118.972/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, j. 03.06.2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342400/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-118972-mg-stf/inteiro-teor-159437849>>. Acesso em 30 de abril de 2021.

HC 114.194 AgR/SP rel. Min. Celso de Mello, 2ª. Turma, j. 06.08.2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24805960/agreg-no-habeas-corpus-hc-114194-sp-stf/inteiro-teor-112279806>>. Acesso em 30 de abril de 2021.

HC 154.949-MG, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 3/8/2010, noticiado no informativo441. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15913230/habeas-corpus-hc-154949-mg-2009-0231526-6/inteiro-teor-16835531>>. Acesso em 21 de junho de 2021.

JUNIOR, Oto. A aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia no momento da prisão em flagrante delito. *Âmbito Jurídico*. 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-pelo-delegado-de-policia-no-momento-da-prisao-em-flagrante-delito/>>. Acesso em 02 de março de 2021.

BRENTANO, Gustavo. A aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia. *Consultor Jurídico*. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-18/academia-policia-delegado-aplicar-principio->

[insignificancia#:~:text=Mais%20do%20que%20um%20poder,em%20detrimento%20do%20interesse%20p%C3%ABlico>](#). Acesso em 03 de março de 2021.

CABETTE, Eduardo. Delegado de Polícia e Aplicação do princípio da insignificância. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937970/delegado-de-policia-e-aplicacao-do-principio-da-insignificancia>>. Acesso em 03 de março de 2021.

MASSON, Cleber Masson. Direito Penal parte geral (arts. 1º a 120). v. 1. 14. ed. São Paulo: MÉTODO. 2020.

## RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS DANOS OCORRIDOS NO INTERIOR DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

**DEIVID PEREIRA GOMES:** Licenciado em Letras pela Universidade Federal do Ceará, com Especialização em Gestão em Saúde pela UECE e Especialização em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Faculdade Alfamérica. Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará.

**RESUMO:** O presente trabalho tem o objetivo de refletir sobre os danos sofridos pelos encarcerados nos presídios brasileiros. Em tempos de flagrante desrespeito aos direitos sociais e da submissão das liberdades individuais a interesses econômicos, políticos e ideológicos desagregadores, determinados grupos de indivíduos são ainda mais lesados, sofrendo restrições de direitos básicos. Vivendo à margem dos auspícios que deveriam ser estendidos a todos aqueles que vivem numa sociedade dita democrática de direito, os presidiários padecem por conta da execração social a qual são submetidos, imersos na violência diária vivenciada dentro dos equipamentos estatais onde deveriam pagar suas penas e serem incentivados à recuperação das condutas individuais. Todavia, a população carcerária nacional, em sua substancial maioria, é tratada de forma totalmente apartada do que se considera ético, adequado e humano. Em relação a este grupo, por parte do Estado, o respeito aos preceitos constitucionais e à Lei de Execuções Penais parece não ter necessidade nem validade. Este trabalho trata-se de uma revisão bibliográfica, valendo-se das contribuições de importantes autores sobre o tema, que embasaram esta produção.

**Palavras-Chave:** Responsabilidade do Estado; Detento; Direitos Humanos.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca discutir uma importante e mais que pertinente problemática da atual sociedade brasileira - a responsabilidade do Estado pelos danos ocorridos no interior dos presídios brasileiros. Tal questão tem se apresentado como um dos pontos nevrálgicos da latente crise de governabilidade e política presente na administração brasileira, em suas diferentes esferas. Regularmente, pululam notícias de crises no sistema penitenciário nacional: corrupção, incapacidade estrutural, falta de equipamentos necessários ao eficiente funcionamento das prisões e o desrespeito ilimitado aos Direitos Humanos, culminando em toda a sorte de violências e privações



físicas e psicológicas, dos mais diversos tipos, prejudicando, sobremaneira, indivíduos que já vivenciam uma das piores situações que pode se abater sobre a vida humana – a privação da liberdade.

Em meio a tantas questões urgentes que atualmente permeiam a vida do brasileiro, sobretudo, a corrupção desenfreada, alguns problemas, igualmente importantes, são negligenciados, provocando a complicação de situações que não são enfrentadas a contento. No Brasil, rolar os problemas ad infinitum tem sido uma constante desde os primeiros anos da colonização dessas terras. No entanto, há momentos em que o problema toma proporções incontornáveis e ameaça provocar um verdadeiro caos social. Este é o quadro que tem acompanhado a rotina do sistema penitenciário do Brasil. Os problemas não enfrentados têm se avolumado e ficado cada dia mais complexos. Some-se aos que foram descritos anteriormente o domínio do sistema por parte de facções criminosas com envergadura nacional. Atualmente, os diretores de presídios e até mesmo os secretários estaduais de segurança têm que solicitar anuência de líderes de facções para a tomada de decisões, o que apresenta o descrédito e a falência de um sistema que deveria funcionar como reabilitador de indivíduos que estão à margem da sociedade e, portanto, deveriam ter no sistema prisional uma porta de saída da marginalidade e, ao mesmo tempo, de entrada na cidadania.

No entanto, o sistema carcerário nada mais é que um depósito humano. Um conjunto formado por centenas de prisões onde homens e mulheres estão submetidos a uma completa desorganização e negação de direitos. O conhecimento acerca da desestruturação do sistema prisional brasileiro é antigo e ultrapassou as fronteiras do país. Ele é reconhecido como uma esfera de convivência social precária, permeada por um complexo de situações que retiram dos indivíduos sua condição intrínseca de seres humanos, na medida em que os compele a agir de modo violento e hostil, acordando sem a certeza de que no dia seguinte estarão novamente de pé. Cada dia na prisão consiste-se numa verdade batalha pela sobrevivência.

Nesse sistema, encontramos: celas sujas, fétidas e quentes que, na maioria das vezes, comportam um número de pessoas muito superior ao adequado; a proliferação de doenças de pele, das sexualmente transmissíveis e das de caráter psicológico; a oferta de uma alimentação de péssima qualidade; a falta de atividades que desenvolvam nos presos o interesse em construir algo positivo ou ocupe-lhes a mente; um reduzido número de agentes estatais, os quais não são capazes de ofertar um serviço de qualidade; além dos jogos de interesses estabelecidos entre os diversos agentes destes espaços - entre eles,

muitos servidores públicos, o que institui a batalha do mais forte contra o mais fraco; além das organizações criminosas que, hoje, são as reais detentoras do poder sobre o sistema carcerário brasileiro.

Este trabalho não trata-se de uma defesa da conduta marginal, apenas da exposição da necessidade urgente de que o arcabouço jurídico que normatiza o processo de prisão no país seja respeitado, especialmente, se levarmos em conta o Princípio da Dignidade Humana, presente no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988. Não há mais como deixar que este panorama seja visto com naturalidade, não é natural. Já passou da hora de o Estado se responsabilizar pela gestão eficiente e efetiva do sistema prisional nacional, caso contrário, toda a sociedade padecerá, conjuntamente, por conta das consequências que poderão advir de uma ampliação da já caótica crise carcerária brasileira.

## **2. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E O SISTEMA DE GARANTIAS DO PRESO**

O debate acerca da responsabilidade do Estado em relação ao desrespeito aos direitos coletivos e individuais, a cada dia, tem se aprofundado mais no Brasil. Tem tomado um grande contorno em virtude do desrespeito flagrante a direitos básicos como educação, saúde e segurança, e provocado cada vez mais a indignação social. A população tem passado a exigir cada vez mais os seus direitos, tendo a internet e as redes sociais como o mais importante instrumento de exposição de suas angústias e da organização social para a busca da efetivação de direitos.

No entanto, a problemática carcerária parece não sensibilizar a massa populacional, a qual só enxerga esse problema quando há conflagração de rebeliões nos presídios, que trazem consigo a destruição de estruturas e equipamentos dos espaços prisionais, fugas, muita violência e inúmeras mortes. A não adesão da população à luta pela resolução desse problema é algo sério. Já que não há demanda popular acerca desta deficiência, a gestão brasileira, representada, neste caso, pelas chefias dos executivos estaduais, não se sente no dever de desenvolver uma política prisional séria, organizada e que busque contemplar o que está normatizado no Art. 1º da Lei de Execução Penal de 1984: " A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

Este panorama deve ser enfrentado pela gestão pública urgentemente, em parceria com o Legislativo e o Judiciário, na tentativa de propor uma completa remodelação desse sistema. Da forma que está posto, ele destoa completamente do que propõe a Constituição Federal de 1988, a Lei de Execução Penal de 1984 e até mesmo do Código Civil de 2002. A dignidade humana, o respeito aos direitos individuais e coletivos e a luta pela positivação

da legislação constitucional e infraconstitucional devem ser a tônica das relações estabelecidas em uma sociedade que busca ser democrática de direito, seja nos plenários seja nas cadeias.

Segundo o art. 5º, inciso XLIX, da CF/88: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. O direito à preservação física e moral do preso advém dos direitos da personalidade. Apesar de muitos tratarem o detento como se não possuísse personalidade, como se fosse apenas um número. Segundo Atta (2016), o inciso há pouco mencionado trata-se de norma constitucional de aplicação imediata e cogente, estando vinculado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição de 1988), à incolumidade do indivíduo (“ninguém será submetido à tortura ou tratamento desumano ou degradante”, art. 5º, III da Constituição de 1988) e à proibição ao Estado de qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV da Constituição de 1988). Como também, a ocorrência da morte do preso é considerada um atentado ao “direito à vida”, que possui inviolabilidade constitucional assegurada no caput do art. 5º da CF.

Seguindo Di Pietro (2014), quando for constatada a conduta omissiva do Estado, deve-se aplicar a teoria da responsabilidade objetiva, prescrita no art. 37, § 6º, da CF/88. Ou seja, provado o prejuízo sofrido pelo indivíduo como também onexo de causa e efeito com o ato comissivo ou com a omissão, há de se exigir reparação, posto que a conduta estatal deveria ser diametralmente oposta. A prestação de serviço público não realizada a contento não deve ser vista como algo insignificante, principalmente quando repercutir diretamente na vida e na liberdade do indivíduo. Há alguns anos, a academia já discute os direitos dos animais, portanto, não há como aceitar que após mais de duzentos anos da proclamação da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* - documento culminante da *Revolução Francesa*, que definiu os direitos individuais e coletivos dos homens como universais - ainda estejamos batalhando que seja assegurado o direito à vida.

A partir de uma análise fria da situação, quanto à responsabilização, no que tange à Administração Pública, mais parece que a sociedade brasileira ainda vive sob a Teoria da Irresponsabilidade do Estado, predominante por muitos séculos. Segundo esta teoria, o Estado possuía isenção perante a coletividade, ou seja, não se admitia que o monarca ou o Estado fossem cobrados em caso de erro. Segundo esta linha de pensamento, o Estado atua para atender ao interesse coletivo e não pode ser responsabilizado por isso, mesmo que venha a cometer algum grave desvio. A soberania do Estado é um poder incontestável, portanto, impede que seja reconhecida a responsabilidade estatal perante um indivíduo, o

que permitiu que os indivíduos, ao longo de centenas de anos, fossem submetidos a violações de todos os tipos (MEDAUAR, 2006).

Dentre as diversas violações cometidas nos presídios do país, na atualidade, certamente, a mais grave é a morte do detento enquanto custodiado pelo Estado. Neste caso, pode-se afirmar que na hipótese de crime comissivo cometido por agentes públicos contra o preso, a responsabilização será na modalidade objetiva, de acordo com a teoria do risco administrativo, fundamentada no artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Segundo este artigo, o ente público responderá, independentemente de culpa, por atos praticados por seus agentes no desempenho de suas funções, já que exige-se desta conduta oposta. Já nos casos em que a morte do encarcerado seja provocada pela ação de terceiros, que não sejam agentes estatais, pode-se sustentar e exigir a responsabilização estatal subjetiva, posto que é decorrente da omissão do ente público em garantir a segurança e a incolumidade daqueles que tiveram sua liberdade de locomoção restringida por seu *ius puniendi* (MORENO MACHADO; DALLA PACCE, 2012).

Voltando a basear-se na análise da Lei de Execução Penal, Lei 7.210/1984, percebe-se que, há mais de 30 anos, um importante arcabouço legal foi criado, com o intuito de orientar o sistema de garantias do apenado. No entanto, há mais de 30 anos, as garantias continuam a ser desrespeitadas. Como é praxe em nossa nação, a Administração Pública, alheia-se de respeitar a produção legislativa, segue, impunemente, descumprindo e até mesmo infringindo seu papel, o qual deveria ser o de garantidor, mas que na realidade mais se apresenta como uma espécie de papel extrator (dos direitos e da vida).

A Lei de Execução Penal apresenta em seu art. 10º que: " A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade", expressando, na forma de incisos, quais são os tipos de assistência a serem prestadas. São elas: material; à saúde; jurídica; educacional; social e religiosa. No entanto, o fato de estarem expressas na lei não tem sensibilizado a Administração Pública quanto à obrigatoriedade de sua execução. Tal situação deve provocar a indignação social, até mesmo porque qualquer indivíduo pode, um dia, vir a fazer parte da população carcerária nacional. Todos devem lutar, continuamente, para que os direitos de todos sejam respeitados. Assim se desenvolve a sociedade e se afinam as relações.

Quanto à responsabilização do Estado pelos danos ocorridos no interior dos presídios do país, no âmbito da Justiça Civil, podemos citar o art. 43 do Código Civil, que

afirma que as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros.

Na mesma linha de interpretação, cabe citar, também do Código Civil, a importância dos artigos: 186 – que versa sobre a responsabilização civil nos casos de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; o 187 - ao referir-se ao 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; e o 927 – ao determinar que aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Portanto, não há que se reclamar da falta de regulamentação acerca da responsabilização do Estado perante os danos ocorridos com os detentos no interior dos presídios. Basta exigir que a normatização seja respeitada.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se este trabalho reafirmando a importância dos diferentes agentes sociais exigirem do Estado sua responsabilidade diante dos flagrantes casos de desrespeito aos direitos dos detentos. Cabe ao Estado Brasileiro não apenas evitar a ocorrência de novos casos de violência, rebeliões e mortes, mas implantar uma política social voltada para a total reformulação do sistema prisional nacional. Este sistema encontra-se falido. Portanto, não está enfrentando os desafios aos quais se propõe. Não podemos mais deixar ampliar-se uma situação já tão crítica. A política de reformulação do sistema carcerário brasileiro precisa ser costurada a muitas mãos, ser bem pensada e planejada, contando com a experiência e o olhar de diferentes esferas sociais. Deve ser construída de forma horizontal e tendo como ponto de partida o respeito à normatização atual e a dignidade do ser humano, privado ou não de sua liberdade. Qualquer indivíduo pode cometer erros, e não por isso deve ser tratado como se não fosse um ser humano, detentor de personalidade e direitos.

### **REFERÊNCIAS**

ATTA, Stéffane Fontinelle Takis. **Responsabilidade civil do Estado pela tutela do preso**. Brasília: IDP/EDB, 2016. 72f. Monografia (Especialização)-Instituto Brasiliense de Direito Público.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1ª edição. Código Civil da República Federativa do Brasil.

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

**DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen).** 26/08/1789, França.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno:** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 365.

MORENO MACHADO, Fernando; DALLA PACCE, Carolina. **A responsabilidade civil do Estado pela morte de presidiários.** Revista Digital de Direito Público, vol. 1, n. 1, 2012, p. 77 - 93. Disponível no URL: [www.direitorp.usp.br/periodicos](http://www.direitorp.usp.br/periodicos).

## GÊNERO E CÁRCERE: A INFLUÊNCIA DO GÊNERO NAS PRISÕES FEMININAS

**EMANUELLA BARROS MOTA DE SOUZA:**

Graduanda em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR<sup>174</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Este trabalho apresenta uma análise sobre a situação carcerária feminina no Brasil. A abordagem iniciará a partir da construção do papel social da mulher, onde será possível identificar o surgimento da problemática envolvendo o gênero. O objetivo desta pesquisa é o de mostrar que o problema de gênero influencia na estrutura das penitenciárias, bem como toda a sistemática penal. O preconceito sob a mulher envolvida em atividade ilícitas, faz com que ela receba tratamento diferenciado durante todo o processo criminal e durante a execução da pena, isto em virtude do papel social imposto pela política patriarcal. Consequentemente, o tratamento oferecido as detentas não atende a suas peculiaridades e suas diferenças. Os dados demonstram que, ainda que a população carcerária feminina seja em menor número comparada ao público masculino, ela é a que mais cresce. Ainda assim, suas necessidades não são atendidas, e isso as coloca em um local de invisibilidade.

**Palavras-chave:** Problema de gênero. Cárcere. Mulher.

**ABSTRACT:** This paper presents an analysis of the female prison situation in Brazil. The approach will start from the construction of the social role of women, where it will be possible to identify the emergence of the problem involving gender. The objective of this research is to show that the gender problem influences the structure of penitentiaries, as well as the entire penal system. Prejudice against women involved in illegal activities means that they receive different treatment throughout the criminal process and during the execution of the sentence, due to the social role imposed by patriarchal policy. Consequently, the treatment offered to the fangs does not meet their peculiarities and differences. The data show that, although the female prison population is less than the male population, it is the fastest growing. Still, their needs are not met, and that puts them in a place of invisibility.

**Keywords:** Gender Problem; Prison; Woman.

---

174 Professor Doutor Alceu de Oliveira Pinto Junior. Universidade do Vale do Itajaí.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 A CONSTRUÇÃO DO PAPEL SOCIAL DA MULHER: SOCIEDADE, SISTEMA PENAL, CARCERE E CRIMINOLOGIA. 2.1 PAPEL SOCIAL DA MULHER E A POLÍTICA DO PATRIARCADO. 2.2 HISTÓRIA DAS PRISÕES E A PENA (RATIO LEGIS). 2.3 CRIMINOLOGIA E OS INDIVÍDUOS DO CARCERE. 3 SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E AS MULHERES. 3.1 HISTÓRIA DAS PRISÕES FEMININAS. 3.2 CARACTERÍSTICA DAS MULHERES DO CÁRCERE NO BRASIL. 3.2.1 TIPO PENAL. 3.2.2 FAIXA ETÁRIA. 3.2.3 ETNIA/COR. 3.2.4 ESCOLARIDADE. 3.2.5 ESTADO CIVIL. 3.2.6 FILHOS. 3.3 POPULAÇÃO PRISIONAL FEMININA NO BRASIL E NO MUNDO. 4. PROBLEMA DE GÊNERO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO. 4.1 DIREITOS DA MULHER DETENTA. 4.2 INFRAESTRUTURA DAS PENITENCIÁRIAS FEMININAS. 4.2.1 VISITA FAMILIAR E ÍNTIMA. 4.2.2 CELA/DORMITÓRIO PARA GESTANTES E LACTANTES. 4.2.3 BERÇÁRIO E/OU CENTRO DE REFERÊNCIA MATERNO-INFANTIL. 4.3 QUAL A POLÍTICA NECESSÁRIA ÀS MULHERES ENCARCERADAS? 6 CONCLUSÃO. 7 REFERÊNCIA

## 1 INTRODUÇÃO

O gênero é um fator determinante na estrutura organizacional de um sistema prisional, mais especificamente o cárcere feminino. Isto porque, o ambiente de uma prisão reflete a estrutura de diversas relações, dentre elas a econômica, social, racial, de gênero e a de poder. O objetivo é expor os problemas do sistema penitenciário e a aplicação das normas de direito penal, bem como políticas públicas voltadas à mulher. Essa explanação servirá para entender como ainda há preconceito quanto ao sexo feminino, esteja ela cometendo crime ou não, e como isso acaba por colocá-las em um local de marginalização na sociedade e no cárcere.

A política penitenciária destinada para as mulheres e a forma como está sendo executada, mostra como a sociedade ainda não superou a política patriarcal e o passado na qual as mulheres eram excluídas e não possuíam direitos. No sistema penal, a mulher é julgada duas vezes. Ela responde por violar a lei penal como, também, por violar a lei de gênero. Essa lei implícita determina os papéis que cada sexo deve exercer em uma sociedade.

Para alcançar os objetivos do tema proposto, foi necessário fazer uso do método dedutivo, empregando a técnica de documentação indireta com o emprego de pesquisa documental nas leis e tratados internacionais. Além disso, foi preciso utilizar relatórios de pesquisa dos institutos de segurança pública do país, bem como pesquisa bibliográfica de livros e artigos que versam sobre o tema.

Para entender essa problemática, é necessário entender e compreender os papéis de gênero criados de forma compulsiva que ganha força de reprodução e produção através dos institutos de poder. É assim que surge a violência institucional, onde quem deveria proteger, é que mais propaga preconceito e desigualdades. A primeira prisão destinada ao



público feminino surgiu em Amsterdã, em 1645, e no Brasil surgiu em 1930, isto porque, as mulheres eram colocadas nos mesmos estabelecimentos em que ficavam os homens.

O Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, ainda que a quantidade de mulheres em privação de liberdade seja em menor número comparado aos homens, elas são as que mais crescem, sua taxa de crescimento foi de 455% entre o ano de 2000 e 2016, enquanto, no mesmo período, o crescimento masculino em média foi 220,20%. A característica predominante das mulheres do cárcere é de que, mais de 50% são pretas e pardas, 47,33% são jovens de 18 a 29 anos, mais de 90% nem sequer terminou o ensino médio. Além disso, 59,9% respondem pelo crime de tráfico de drogas.

O trabalho possibilitou uma pergunta/problema que consiste em: qual a política necessária às mulheres encarceradas? São levantadas inúmeras hipóteses no intuito de se alcançar igualdade material, mas, sem esquecer as peculiaridades inerentes do cárcere feminino. Mulheres possuem diferenças, e essas devem ser tratadas a partir de políticas públicas voltadas a garantir dignidade humana.

Por fim, será possível entender que não há cabimento, e muito menos coerência, na criação de uma só política pública, ou ainda, não seria apenas uma questão de adaptar as legislações atuais às realidades femininas. É notório que as inúmeras leis que hoje norteiam todo o ordenamento jurídico do país foram criadas de modo generalizado, mais pensando em uma realidade masculina do que feminina.

## **2 A CONSTRUÇÃO DO PAPEL SOCIAL DA MULHER: SOCIEDADE, SISTEMA PENAL, CARCERE E CRIMINOLOGIA.**

### **2.1 PAPEL SOCIAL DA MULHER E A POLITICA DO PATRIARCADO**

Para compreender a problemática do cárcere feminino, é necessário partir do estudo sobre gênero e sexo, uma vez que o gênero é um fator determinante nas relações socioeconômica, penal e carcerária. Inicialmente, o sexo seria um fator biológico, quase como um destino inevitável e, o gênero é uma “interpretação múltipla do sexo”, ou seja, seu significado é uma construção social.<sup>175</sup>

Segundo Simone de Beauvoir, “ninguém nasce mulher: torna-se mulher”.<sup>176</sup> A definição dada para o que seria o homem e a mulher não é instituída através de suas

---

175 BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. 18 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. P. 25-26

176 BEAUVOIR, Simone de. **Segundo sexo**: a experiência vivida. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. 2. v. p. 11

peculiaridades biológicas. Ela possui influência direta de uma determinada cultura da sociedade. Assim sendo, ela se torna mulher por influência, não por natureza.<sup>177</sup>

Ainda, segundo Judith Butler “se o caráter imutável do sexo é contestável, talvez o próprio construto chamado sexo seja tão culturalmente construído quanto o gênero.”. É interessante analisar que há uma necessidade de regularizar o conceito de gênero, isso parte de uma política de uniformização da identidade do gênero com o intuito de produzir uma “heterossexualidade compulsória”.<sup>178</sup>

Há quem diga e defenda que o gênero implica em uma relação de poder, onde deve sempre haver o gênero dominante e um gênero subordinado. Busca-se, então, uma explicação para essa necessidade da diferença, esse desequilíbrio na relação entre os sexos. Há várias hipóteses, uma delas afirma que a natureza é quem define a atividade de cada gênero, a outra, e a mais forte, menciona a influência sociocultural.<sup>179</sup>

É preciso ter em mente, todavia, que os valores produzidos pela cultura passam a ser uma realidade na medida em que os seres humanos são socialmente constituídos e que tais representações têm o poder de engendrar realidades concretamente sentidas pelos sujeitos. Se vivemos em uma sociedade - ou se em todas as sociedades ocidentais - onde se crê que a mulher possui um status inferior ao do homem, então essa representação se inscreve no corpo e no psiquismo das mulheres, a ponto de podermos afirmar que a cultura, ao modelar a ideia de dominação, realmente a cria.<sup>180</sup>

Na sociedade ocidental, durante séculos, a mulher esteve dependente do homem.<sup>181</sup> Segundo Marie Langer, citada pela autora Carla Maria em “Criminalidade &

---

177 BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de; CAMPOS, Carmen Hein de (Org). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 21-22

178 BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 18 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. P. 25-67

179 DORA, Denise Dourado (org.). **Feminino e Masculino: Igualdade e Diferença na Justiça**. Porto Alegre: Sulina, 1997. p. 53

180 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 27

181 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 26

Violência no Mundo Feminino”: “foi a revolução francesa, com seu lema de igualdade, que pôs pela primeira vez em dúvida que, essa subordinação fosse natural e inalterável”.<sup>182</sup>

Angela Davis menciona que, com a evolução dos burgueses, o indivíduo passou a ser visto como alguém titular de direitos e liberdade. Contudo, mesmo que tenham sido ideias novas e radicais, inovadoras para o período, elas não foram estendidas para às mulheres, até mesmo para trabalhadores, negros e índios.<sup>183</sup>

Na opinião de Simone Beauvoir, era possível nas classes trabalhadoras, população de baixa renda, uma igualdade entre sexos, mas em contrapartida, “aniquilava todas as possibilidades do indivíduo”, justamente pela necessidade de trabalhar para sustentar a família. E entre os nobres e burgueses, as mulheres eram vistas como parasitas, sua existência era inútil.<sup>184</sup>

Na década de 60, surgiu o movimento feminista, que passou a questionar os papéis sociais entre homens e mulheres. Esse questionamento, ainda bastante atual, denunciou a “inexistência da igualdade de direitos”. É possível observar que hoje há uma mudança dentro dos “contextos sociocultural e científico”, muito embora seja uma mudança ainda lenta e pouco expansiva, as mulheres passaram a ter maior participação nas atividades da vida pública.<sup>185</sup>

Segundo Carla Maria, a vida privada se resume às atividades domésticas, como cuidados da casa, onde sua atuação está mais restrita. O seu confinamento no mundo privado também diz respeito ao seu “ofício” de cuidar e educar os filhos, que sempre foi colocada como obrigação da mulher.<sup>186</sup>

O protagonista da vida pública é o homem, ele está no centro das relações de propriedade e trabalho. O homem dessa esfera é simbolizado como “homem racional-ativo-forte-potente-guerreiro-viril-público-possuidor”. A mulher é protagonista da esfera

---

<sup>182</sup> LANGER, Marie. Maternidade e Sexo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981. p. 18. Apud. VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 26

<sup>183</sup> DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 47

<sup>184</sup> BEAUVOIR, Simone de. **Segundo sexo: fatos e mitos**. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. 1. v. p. 146

<sup>185</sup> VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 27

<sup>186</sup> VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 24

privada, sua sexualidade é aprisionada, servindo apenas como reprodutora e como ferramenta necessária para garantir o cuidado do lar e dos filhos. É diante desse cenário que o feminismo se ergueu.<sup>187</sup>

Ainda, é importante mencionar o contrato social, que inicialmente, veio com intenção de libertar toda a sociedade, onde nasceria a tal “liberdade civil e equitativa, salvaguardada pelo Estado”. Todavia, o que a história mostrou é que essa liberdade não era universal, mas apenas pertencente ao masculino, nisto nasce o contrato sexual, que diferente do outro, traz a mulher o caráter de “absoluta sujeição”. A atividade contratual corrobora para manutenção da política patriarcal.<sup>188</sup>

Porquanto, levando em consideração a influência do patriarcado na sociedade, o conceito de gênero e o movimento feminista, torna mais fácil perceber como os crimes praticados por mulheres chocam mais que os praticados por homens.<sup>189</sup> Isto porque, pelo construto social, a mulher é, essencialmente, dócil, delicada, sensível, indefesa, passiva e paciente. <sup>190</sup>

Essas características tenderiam a torná-la cúmplice do homem, pelo medo, pela submissão, por sua inclinação a tornar-se instigante ou manipuladora e pelo seu poder de sedução, que desempenha um papel preponderante na motivação indireta da criminalidade masculina.<sup>191</sup>

Como será mencionado posteriormente, no final do século XVIII, a prisão passou a ser uma forma predominante de punição e, desde então, as mulheres condenadas já eram classificadas como diferentes dos homens. Quando um homem comete um delito que traz consequentemente uma punição, ele é rotulado como “delinquente”, mas, para os homens,

---

187 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 141

188 OLIVEIRA, Raphael de Almeida Lôbo. **Impactos da política de drogas no encarceramento feminino**. p. 17-19

189 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 30

190 ILGENFRITZ, Iara; SOARES, Bárbara Musumeci. **Prisioneiras**: Vida e Violência atrás das Grades. Rio de Janeiro: Garamond. 2002 p. 64

191 ILGENFRITZ, Iara; SOARES, Bárbara Musumeci. **Prisioneiras**: Vida e Violência atrás das Grades. Rio de Janeiro: Garamond. 2002. p. 64

a criminalidade sempre foi considerada “normal”, o que não acontece com a criminalidade feminina.<sup>192</sup>

Quanto a mulher, sempre houve uma propensão a classificar seus atos delituosos como “mau comportamento”. Nesse caso, ao contrário dos indivíduos masculinos, suas atitudes eram consideradas “anormais”, e mais ameaçadoras para a sociedade, do que em relação aos crimes praticados pelos homens.<sup>193</sup>

Ainda, conseqüentemente, para a mulher lhe foi atribuído o papel de vítima ou de causadora do delito.<sup>194</sup> A criminologia estudou esse fenômeno na década de 70, na qual apontou que o sistema penal, ao invés de proteger, faz aumentar a “vitimação feminina”, uma vez que a mulher se torna vítima de uma violência chamada de “institucional plurifacetada do sistema”, se dividindo entre violência estrutural da sociedade e violência das relações sociais patriarcais.<sup>195</sup>

A violência estrutural está ligada ao sistema econômico de um Estado. Aqui, falamos do capitalismo, uma vez que ele influencia na desigualdade de classes. Quanto a violência social, essa tem ligação ao tipo de sistema social, no caso o patriarcado, que gera desigualdade de gênero.<sup>196</sup>

Ademais, ainda que se reconheça que mulheres cometam crimes, não se espera o uso de meios violentos, uma vez que, ao falar de delitos, se espera violência, que remete ao uso de força física, algo que, no mundo patriarcal, é reservado aos homens, como sendo característica exclusiva deles.<sup>197</sup>

---

192 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 71

193 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 71

194 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 30

195 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 131-132

196 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 131-132

197 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 30

Todavia, o autor Von Hentig, citado por Carla Maria, fala sobre uma exceção. A mulher, devida sua ligação aos seus descendentes, estaria mais propensa a agir com violência e por meios ilegais, quando houvesse uma ameaça direta a seus filhos.<sup>198</sup>

Ainda, a autora aponta que os juristas entendem que a violência está “associada à contrariedade a direito, ilícito”, todavia, é um equívoco associar a violência com o uso de força física e da criminalidade, tendo em vista que a violência está presente nas relações sociais de diferentes formas.<sup>199</sup>

As perguntas possibilitadas pela perspectiva de gênero vão, hoje, na esteira da criminologia da reação social e crítica (com o deslocamento do objeto criminológico do crime e do criminoso para o sistema de justiça penal e o processo de criminalização por ele exercido) [...] A primeira pergunta se refere precisamente à ausência secular da mulher, seja como objeto, seja como sujeito da Criminologia e do próprio sistema penal. Refere-se aos silêncios do saber e do poder: o que sabemos da mulher no universo da chamada criminalidade (como autora e como vítima de crimes) e da criminalização? [...] quando, propriamente, as mulheres passaram a acessar, com regularidade, funções no espaço público e no sistema de justiça? Reprodutor ou reformador? Como o sistema de justiça penal trata a mulher no seu interior (operadora) e desde o exterior (como autora e vítima de crimes)? É possível responder a essas questões? Existe um incognoscível criminológico?<sup>200</sup>

É notório que a construção do papel social da mulher ganhou mais ênfase no sistema econômico capitalista e, ainda, fez emergir o caráter androcêntrico das instituições. Em outros termos, a política patriarcal foi introduzida em todos os setores da sociedade, aumentando a opressão da mulher. A reflexão que se tem deste longo processo de objetificação da mulher, demonstra que, o sistema penal e carcerário tem aversão ao feminino, mais precisamente a mulher delinquente.<sup>201</sup> Os apontamentos sobre a história

---

198 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 58

199 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 31

200 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 129

201 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 129

das prisões em geral e, a instituição das penas, torna claro que o homem é o centro de toda criação e modificação.

## 2.2 HISTÓRIA DAS PRISÕES E A PENA (RATIO LEGIS).

Prisão vem do latim *prensione*, que vem de (*prehensio, onis*), que quer dizer prender. A legislação brasileira dispõe que prisão é uma pena privativa de liberdade, utilizando nomes como detenção, reclusão e prisão simples. A lei indica que a prisão será em decorrência de mandado judicial ou flagrante delito, e mais adiante, indicará o estabelecimento que ocorrerá a segregação.<sup>202</sup>

A prisão deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei.<sup>203</sup>

Vale lembrar que a pena através da detenção surgiu no final do século XVIII e começo do XIX, tornando-se essencial dentro do grupo de punições. É evidente que ela “marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso a humanidade”.<sup>204</sup>

A medida de punição mais humana é para deter o excesso de poder, ou melhor, controlar o uso excessivo daqueles que detém mais poder sobre os outros.<sup>205</sup> Desta forma, apenas a lei pode instituir os casos nos quais o indivíduo deve ser penalizado, e a pena de prisão só será declarada se “precedida com a declaração do crime”. Assim sendo, a lei é quem deve determinar o crime, da mesma forma que ela determina as circunstâncias e outras provas que serão usadas como justificativa da prisão.<sup>206</sup>

---

202 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 892-893

203 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 893

204 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 223

205 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 90

206 BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012. p. 90

Historicamente, a “forma-prisão” é anterior às leis penais, tendo se originado fora do sistema judiciário com o objetivo de retirar alguns indivíduos do corpo social, realocando-os geograficamente em função das particularidades de cada um e lhes tomando todo o tempo e força possível, uma vez que o objetivo era torná-los “dóceis e úteis”, através de um trabalho sobre seu corpo.<sup>207</sup>

Ainda, por volta do século XIX, a Europa e os Estados Unidos começaram a debater assuntos referentes ao direito penal e o modelo de castigo e prisão da época. A penitenciária foi adotada como “modelo institucional carcerário”, a ideia foi inspirada nos desenhos arquitetônicos de Jeremy Bentham.<sup>208</sup>

Nesse período, houve um certo fascínio pelos modelos de punição implantados pelos europeus e norte-americanos. Todavia, grande parte da América Latina não se entusiasmou muito com a ideia, pois acreditavam que estas novas formas “humanizadas”, não seriam mais eficazes como as formas tradicionais e informais de castigo do período.<sup>209</sup>

Apesar de tudo, desde meados do século XIX foram construídas algumas penitenciárias modernas na região, buscando conseguir vários objetivos simultâneos: expandir a intervenção do Estado nos esforços de controle social; projetar uma imagem de modernidade geralmente concebida como a adoção de modelos estrangeiros; eliminar algumas formas infames de castigo; oferecer à elites urbanas uma maior sensação de segurança e, ainda, possibilitar a transformação de delinquentes em cidadãos obedientes da lei.<sup>210</sup>

A casa de correção do Rio de Janeiro foi a primeira penitenciária na América Latina, mas sua construção só foi concluída depois de 16 anos. O motivo foi pela dificuldade financeira e política. Como é possível perceber, a construção dessas penitenciárias modernas para a época, foram uma exceção. Não havia intenção de se tornar regra, e por não haver apoio sociopolítico, as penitenciárias não conseguiam cumprir as promessas de

---

207 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 223

208 MAIA, Clarissa Nunes. (org.) *et al.* **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017. (publicação com paginação irregular). v. 1. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

209 MAIA, Clarissa Nunes. (org.) *et al.* **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017. (publicação com paginação irregular). v. 1. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

210 MAIA, Clarissa Nunes. (org.) *et al.* **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017. (publicação com paginação irregular). v. 1. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.



higiene, tratamento humanitário aos detentos e eficácia no combate aos delitos e reeducação dos delinquentes.<sup>211</sup>

Portanto, a história das prisões não é de sua “progressiva abolição”, mas de uma eterna reforma, reconhecida como um “mal necessário”.<sup>212</sup> “[...]prisão e reforma estão indissociavelmente ligadas desde o início do emprego do encarceramento como o principal meio de punir aqueles que violam as normas sociais.”<sup>213</sup>

Quanto a este movimento eterno de reforma, Foucault acreditava que o fenômeno não era influência de um suposto fracasso, ela é mais contemporânea a própria prisão, como se a reforma fosse parte do seu funcionamento, parte da essência, permanecendo ligadas por toda a história.<sup>214</sup>

Sobre a pena, ela é uma espécie de sanção penal imposta através da realização do devido processo penal, no qual irá constatar a autoria e materialidade de uma conduta típica, antijurídica e culpável, caso não tenha sido atingida por nenhuma causa de extinção de punibilidade. No Brasil, a pena tem três finalidades, sendo ela retributiva, preventiva e reeducativa.<sup>215</sup>

Quando se fala da finalidade da pena, a escola clássica, positiva, técnico-jurídica, moderna alemã e escola nova defesa social, definem a pena como uma forma de defesa e de segurança social. A escola humanista vê a pena como uma forma de educar o culpado pelo crime e a escola correcionalista entendia ser uma forma de correção da vontade do criminoso, mas não como forma de retribuição do mal. “Em suma, desde a Idade Média a finalidade da pena é objeto de intenso debate.”<sup>216</sup>

---

211 MAIA, Clarissa Nunes. (org.) *et al.* **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017. (publicação com paginação irregular). v. 1. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

212 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 587

213 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 43

214 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 226

215 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 481-482

216 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 482-483

Não há exatamente um período para a origem da pena, mas sua história no mundo é tão antiga quanto a história da humanidade. Os retrocessos no decorrer das décadas dificultam a criação de um cronograma evolutivo.<sup>217</sup>

O que dificulta sua evolução por exemplo é o uso da “prisão-pena”, que surgiu no final do século XVI e permaneceu ainda nos dois séculos seguintes. No final do século XVIII, a prisão era utilizada apenas para guardar os delinquentes, preservando o seu físico para depois ser julgado. Esse julgamento era a pena de morte, as penas corporais e infamantes, ou seja, a prisão era usada antes de ocorrer os suplícios.<sup>218</sup>

O suplício era a forma de punição extremamente violenta e completamente pública. Essa forma de punição era regulada de acordo com o “ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas”, todas estas circunstâncias do crime definiriam a quantidade de golpes de açoite, o tempo que o criminoso deveria ficar em agonia na fogueira ou na roda, se ele deveria ser estrangulado imediatamente ou mutilado. Um verdadeiro “show de horror”.<sup>219</sup>

Nota-se que o suplício deveria ser sempre ostentoso, apurado por todos como um evento de glorificação à violência, ao horror, tornando os gemidos ou os gritos atos de justiça. Desse modo, no momento que o suplício desaparece, também desaparece o espetáculo, e se extingue o domínio sobre o corpo alheio.<sup>220</sup>

Foi somente na segunda metade do século XVIII que filósofos, teóricos do direito, moralistas e juristas começaram a protestar e censurar esse sistema punitivo, defendendo os princípios da dignidade do homem.<sup>221</sup> Foucault defendia que a justiça criminal deve punir ao invés de se vingar, e que neste momento não há de se excluir o senso de humanidade.<sup>222</sup>

---

217 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 587

218 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 588

219 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 37

220 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 15

221 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 91-92

222 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014. 73-74

Assim, segundo Beccaria, os princípios devem determinar a pena para os crimes, enquanto o legislador é quem deve aplicar as leis penais, tendo em vista que ele “representa toda a sociedade, unida por um pacto social”.<sup>223</sup>

Não se pode dar a esta lei outra fórmula senão dizendo que a um mal determinado pelo homem quando concorram certas características deve seguir outro mal proporcionado àquele; determinar essas características é necessário, portanto, para a mais exata formulação da lei, e este é o propósito da teoria do delito.<sup>224</sup>

“A proporção entre a pena e a qualidade do delito é determinada pela influência que o pacto violado tem sobre a ordem social.”<sup>225</sup> O crime traz desordem para uma sociedade, desequilíbrio, deste modo, para combater o caos, e restaurar a ordem violada, a pena é a solução, sendo está contrária do delito. A função da pena deve estar expressa, ou seja, uma lei é quem deve fazer a ligação da pena ao delito. “Uma causa e um efeito não se podem dar sem lei.”<sup>226</sup>

Em relação a duração da pena, ela deve variar conforme o ato e as circunstâncias e com o seu próprio desenrolar concretamente. Significa dizer que a pena deve ser individualizada conforme o “indivíduo punido”, não a pessoa infratora, uma vez que o indivíduo punido é “objeto de uma matéria controlada de transformações”.<sup>227</sup>

A pena e a repressão estão interligadas, uma vez que uma das razões de existir da pena é a de impedir um novo feito, tendo em vista que não há como eliminar aquilo que já ocorreu, ou seja, reprimir é uma forma de prevenir que ocorra um novo delito. “Podemos entender a verdade da repressão como restauração da ordem violada.”<sup>228</sup>

---

223 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012. p. 15

224 CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução de Ricardo Pérez Benega. São Paulo: Pillares, 2015. p. 33

225 FILANGIERI, G. *La Science de La Législation*. Trad. 1786, t. IV, p. 214. Apud, FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 91

226 CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução de Ricardo Pérez Benega. São Paulo: Pillares, 2015. p.34-35

227 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 238

228 CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução de Ricardo Pérez Benega. São Paulo: Pillares, 2015. p. 36-37

O Estado passou a usar a pena para facilitar e regularizar a convivência dos homens em sociedade, utilizando-a para proteger eventuais lesões sobre bens jurídicos que serão determinados pela forma de organização socioeconômica do Estado. A teoria da pena sofreu, ao longo do tempo, inúmeras modificações, influenciadas pelo contexto político, ideológico e sociocultural.<sup>229</sup>

No começo do século XXI, a preocupação passou a ser com os efeitos que a pena deve produzir tanto em relação ao indivíduo infrator, quanto a sociedade na qual atua. Cezar Roberto Bitencourt deduz que com esses pensamentos mais modernos, o direito penal está vinculado a ideia de - finalidade e função -, que expõe sua estrita relação com a teoria da pena.<sup>230</sup>

De mais a mais, é extremamente importante e indispensável a renovação das penas compatíveis com os novos tempos, desde que suas funções sejam aptas a serem postas em prática tanto quanto as antigas, que, se antes eram vistas como justas, agora não o são. Nada de repetir as mesmas regras de punição do século XVIII, mas se for o caso, aperfeiçoar as penas privativas de liberdade, e substituí-las, quando “possível e recomendável”.<sup>231</sup>

Hoje em dia as penas se reduzem, entre os povos verdadeiramente civilizados, ou ao menos parecem reduzir-se à reclusão (entendida em sentido genérico, que compreende toda espécie de pena carcerária) ou à obrigação de pagar uma soma em dinheiro (também em sentido genérico, multa).<sup>232</sup>

A multa, que mais adiante receberá o nome de pena pecuniária, deriva do ressarcimento, que dá fim à pena privada, quanto à reclusão, que deriva do cárcere, para assegurar o culpado à justiça.<sup>233</sup> Quando se trata de cárcere, tratamos de falar sobre a

---

229 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 140-141

230 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 141

231 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 604

232 CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena.** Tradução de Ricardo Pérez Benega. São Paulo: Pillares, 2015. p.48-49

233 CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena.** Tradução de Ricardo Pérez Benega. São Paulo: Pillares, 2015. p. 49

pena privativa de liberdade, que se tornou um dos principais meios de “reforma do delinquente”.<sup>234</sup>

Por muito tempo se acreditou firmemente que a prisão era o melhor e mais eficaz meio idôneo de ressocialização. Todavia, todo esse otimismo deu espaço a um grande e profundo pessimismo, uma vez que não mais se vislumbrava a possibilidade de reabilitação absoluta ou relativa. A prisão estava em crise e pena privativa de liberdade já não tinha o poder que lhe foi destinado.<sup>235</sup>

A pena que priva o homem de sua liberdade chegou ao ápice na metade do século XIX. Entretanto, antes mesmo que o século terminasse, a prisão decaiu, uma vez que os inúmeros questionamentos sobre sua finalidade e eficácia estavam sendo avaliados, considerando os inúmeros casos de reincidência, não atingindo mais o fim social.<sup>236</sup>

[...] a prisão, em sua realidade e seus efeitos visíveis, foi denunciada como grande fracasso da justiça penal. Estranhamente, a história do encarceramento não segue uma cronologia ao longo da qual sucedessem logicamente: o estabelecimento de uma penalidade de detenção, depois o registro do fracasso; depois a lenta subida dos projetos de reforma, que chegariam à definição mais ou menos coerente de técnica penitenciária; depois a implantação desse projeto; enfim a constatação de seus sucessos e fracassos.[...] As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplica-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta.<sup>237</sup>

Os europeus, no início do século XX, iniciaram um estudo para combater a pena de prisão, buscando alternativas mais eficazes, como inicialmente a pena de multa. A Rússia foi a primeira a implantar a prestação de serviços à comunidade como uma pena

---

<sup>234</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 621

<sup>235</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 621

<sup>236</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p.621

<sup>237</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 259

alternativa. Vários outros países como Alemanha, Inglaterra e Bélgica criaram outras formas de pena que não fossem privativas de liberdade.<sup>238</sup>

No Brasil tudo ocorreu de forma mais lenta. A “humanização do direito penal brasileiro” só ocorreu em 1977. As alternativas à pena privativa de liberdade vieram na reforma penal em 1984, isto é, as mudanças surgiram um século depois das primeiras manifestações contra a pena-prisão. O sistema penitenciário brasileiro “exigia mais imaginação do legislador”, era necessário que houvesse outras formas de aplicação de sanção penal, fora as que já existiam como a pena pecuniária e a pena privativa de liberdade. Neste momento, eram necessárias alternativas como as restritivas de direito, que vieram devido os anseios de uma reforma na política criminal.<sup>239</sup>

E é neste momento de crise da prisão e o estudo de medidas alternativas de pena que a criminologia crítica se tornou mais enfática, tornando visível os problemas que o sistema penal possui como a marginalização do delinquente, uma vez que o objetivo da prisão-pena como meio de ressocialização está excluindo o homem da sociedade. Outro fator que influencia a essa marginalização é o sistema capitalista.<sup>240</sup> A criminologia apontará os principais defeitos do sistema penal, a forma como ele criminaliza e escolhe seus bens jurídicos objetos de tutela e, ainda, mostrará as possíveis soluções para o problema do direito penal e a reincidência.

### 2.3 CRIMINOLOGIA E OS INDIVÍDUOS DO CARCERE

A criminologia é uma ciência que se baseia no estudo empírico. Ela estuda o indivíduo do crime, a vítima e o comportamento da sociedade. Não se trata de um estudo que procura metas, fins ou objetivos, ou seja, uma “ciência teleológica”, seu objetivo não é analisar “as raízes do crime para discipliná-lo”. A criminologia é uma “ciência causa-explicativa”, que busca a sua origem, o motivo de sua existência, “os seus contornos e formas de exteriorização.<sup>241</sup>

Alessandro Baratta fez duras críticas ao sistema penal e a criminologia tradicional. Segundo ele, “a criminologia tem como função cognitiva e prática, individualizar as causas

---

<sup>238</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 623

<sup>239</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 623

<sup>240</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 610-611

<sup>241</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** parte geral. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 35

desta diversidade, os fatores que determinam o comportamento criminoso, para combatê-los com uma série de práticas que tendem, sobretudo, a modificar o delinquente.”<sup>242</sup>

Quaisquer que sejam as definições dadas a criminologia, se valerão de discursos parciais, “atos de poder com efeitos concretos”, que estarão interligados às políticas criminais, tendo em vista que, para melhor entendimento da criminologia, é necessário entender a organização de uma sociedade, ou seja, como é a formação econômica e social. “A criminologia se relaciona com a luta pelo poder e pela necessidade de ordem.”<sup>243</sup>

Quanto ao seu histórico, a criminologia sofreu mutações com o decorrer dos séculos, tendo em vista que, na filosofia política liberal clássica na Europa, durante o século XVIII e XIX, ela tinha características e princípios fundamentais, que atualmente, com a “nova criminologia”, não possuem o mesmo significado. Pode-se dizer que nesta época o delinquente não era visto como um ser diferente de outros, “como comportamento, o delito surgia da livre vontade do indivíduo”.<sup>244</sup>

Assim sendo, a escola clássica afirmava que o direito penal e a pena eram usadas não como forma de modificar o delinquente, mas como “instrumento legal para defender a sociedade do crime”. Os limites da penalização eram influenciados pela “necessidade ou utilidade da pena e pelo princípio da legalidade”.<sup>245</sup>

Conforme Zaffaroni e Pierangeli, o sistema penal e sua função é questionável, uma vez que a criminologia e a sociologia do direito penal a dividem em diferentes funções: uma delas seria a “função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social sobre outro”; para outros, o sistema penal tem a função de assegurar a supremacia de um setor social sobre o outro.<sup>246</sup>

---

<sup>242</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 29-30

<sup>243</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 19

<sup>244</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 31

<sup>245</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 31

<sup>246</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p. 38.

Quanto a este último, é notório que em uma sociedade, principalmente na capitalista, na estrutura de poder e segmentos, uns sejam mais “hegemônicos” e outros “marginalizados”. Este sistema é sustentado pela forma de controle social e do poder punitivo do Estado, ou seja, o sistema penal é quem mantém essa separação da forma mais cruel, criminalizando de forma seletiva, e apenas fazendo uso da criminalização das pessoas dos setores hegemônicos, quando os outros meios de controle social fracassam.<sup>247</sup>

“A criminologia crítica não admite a possibilidade de que se possa conseguir a ressocialização do delinquente numa sociedade capitalista”.<sup>248</sup> O cárcere é o principal meio de criação de criminosos, muito embora o motivo de sua criação tenha sido o contrário, ou seja, a instituição carcerária não conseguiu cumprir este fim que era o de reeducar e reinserir no meio social.<sup>249</sup>

Onde desapareceu o corpo marcado, recortado, queimado, aniquilado do supliciado, apareceu o corpo do prisioneiro, acompanhado pela individualidade do “delinquente”, pela pequena alma do criminoso, que o próprio aparelho do castigo fabricou como ponto de aplicação do poder de punir e como objeto do que ainda hoje se chama a ciência penitenciária. Dizem que a prisão fabrica delinquentes.<sup>250</sup>

É interessante mencionar que a criminologia crítica surgiu de uma junção do estudo criminológico norte-americano e europeu. Ela faz uso de interpretação materialista e, influência do marxismo, isto porque, a criminologia crítica busca entender o fenômeno pela perspectiva macrossociológica, ou seja, as classes sociais.<sup>251</sup>

Segundo Baratta, o sistema penal é usado como instrumento para manutenção da desigualdade social e a marginalização, impedindo uma possível integração de classes, ou

---

247 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p. 38.

248 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 610

249 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 167-168

250 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p. 248

251 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 88-91



seja, fazendo com que as classes mais baixas sejam abolidas.<sup>252</sup> “O sistema penal conduz à marginalização do delinquente. Os efeitos diretos e indiretos da condenação produzem, em geral, a sua marginalização, e essa marginalização se aprofunda ainda mais durante a execução da pena.”<sup>253</sup>

Se o sistema penal é simbólico, apenas tendo por função assegurar a hegemonia de um setor social, com efeitos, no geral, negativos, melhor é a sua eliminação, suprimindo a própria hegemonia social ou substituindo a forma de sustentação por outro sistema menos negativo (mais racional).<sup>254</sup>

Há quem diga que o ideal seria abolir o sistema penal, eliminando-se as prisões e cadeias. Entretanto, essas ideias não ganham tanta atenção por serem consideradas radicais demais e por dependerem de uma análise profunda e apoio político.<sup>255</sup>

Qualquer mudança no sistema penitenciário não terá grandes vantagens, uma vez que enquanto houver influência do sistema capitalista, a prisão continuará sua “função repressiva e estigmatizadora”. A criminologia não visa o “desaparecimento do aparato de controle”, seu objetivo é torná-lo democrático, ou seja, fazer desaparecer a ideia de supremacia, de alguém que tem poder e está acima do delinquente. Todavia, é necessário um mecanismo que garanta que o novo aparato de controle, mesmo que seja democrático, não se torne uma nova forma repressiva e estigmatizadora.<sup>256</sup>

Ainda sobre o estudo da criminologia, pouco se fala sobre a criminalidade feminina. São raros os estudos sobre, e quando existem, são pouco aprofundados, sendo que sua

---

<sup>252</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 175

<sup>253</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 610-611

<sup>254</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p. 38.

<sup>255</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p. 38.

<sup>256</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 611

aparição é quase sempre com “títulos acessórios, em curtos capítulos subsidiários, de obras que privilegiam sempre o criminoso masculino.”<sup>257</sup>

A marginalidade da mulher passou a ser revelada com o surgimento dos estudos de gênero por volta dos anos 60 e 70, revelando as posições hierárquicas e lugares de poder, bem como, a desigualdade e discriminação.<sup>258</sup> A explicação para essa falta de interesse nos estudos da criminologia feminina se dá por causa das diferenças entre os papéis sociais que foram conferidos aos homens e mulheres, sendo que isso teria dado razão aos índices de criminalidade serem tão diferentes.<sup>259</sup>

Existem três teorias que foram utilizadas para justificar a menor taxa de criminalidade feminina, bem como explicar a natureza das infrações, o seu modo de participação e sua menor reincidência em comparação ao sexo masculino, sendo elas: a teoria sociológica, teoria biológica e teoria psíquica.<sup>260</sup>

Alguns pensadores durante a virada do século XX, justificaram a taxa de criminalidade feminina por meio de explicações biopsicológicas, devido a mulher passar pela fase da puberdade, por menstruação, menopausa, o parto, e devido ao estado puerperal. Nesses períodos ela estaria mais propensa a cometer algum crime, “o estado psicológico ficaria alterado pela irritabilidade, instabilidade e agressividade.”<sup>261</sup>

Vale lembrar que, inclusive, o código penal brasileiro as favorece com excludentes, devido ao estado especial que a mulher se encontrava quando do fato tido como criminoso. De modo geral, isso reflete a influência que o patriarcado e o capitalismo têm sobre o sistema penal, pois ele reproduz e expressa o simbolismo de gênero, tendo em vista que, em relação a mulher, “o sistema só criminaliza residualmente e que, de fato, trata-a como vítima”.<sup>262</sup>

---

257 ILGENFRITZ, Iara; SOARES, Bárbara Musumeci. **Prisioneiras: Vida e Violência atrás das Grades**. Rio de Janeiro: Garamond. 2002 p. 63

258 DORA, Denise Dourado (org.). **Feminino e Masculino: Igualdade e Diferença na Justiça**. Porto Alegre: Sulina, 1997. p. 59

259 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 55

260 ILGENFRITZ, Iara; SOARES, Bárbara Musumeci. **Prisioneiras: Vida e Violência atrás das Grades**. Rio de Janeiro: Garamond. 2002 p. 64

261 ILGENFRITZ, Iara; SOARES, Bárbara Musumeci. **Prisioneiras: Vida e Violência atrás das Grades**. Rio de Janeiro: Garamond. 2002 p. 64

262 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 144

Conforme a teoria sociológica, a influência se dá pelo “caráter essencialmente social do ser humano”, pela mulher ter pouca participação na sociedade e na vida pública em geral, isso acabaria por proporcionar menos ocasiões para delinquir.<sup>263</sup> As explicações biológicas usam a estrutura física para justificar a pequena participação da mulher no crime, afirmando que a mulher possui menos inteligência, criatividade e é mais passiva.<sup>264</sup>

É possível reconhecer que a forma de “gênero da punição” reflete e fortalece cada vez mais a estrutura de gênero da sociedade em geral, e isso reflete nas penitenciárias femininas e masculinas.<sup>265</sup> Os problemas que norteiam o direito, a mulher e a sociedade, devem ser examinadas “no contexto da crise do Direito e do Estado e, no meio, a dogmática jurídica. Não é só o problema da mulher, mas o problema dos (demais) setores oprimidos da sociedade.”<sup>266</sup>

Neste sentido, também, a criminologia feminista surge com o intuito de entender a criminalidade feminina por uma perspectiva para além das condições sociais e econômicas, mas, observando as mulheres a partir de “realidades, construções e estigmas.”<sup>267</sup>

### **3 SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E AS MULHERES**

As legislações que regem a vida em sociedade estão inserindo e proclamando cada vez mais a igualdade entre todos, seja essa igualdade na lei e perante a lei. Todavia, segundo Carla Maria, a mulher possui um status de privilégio em relação ao homem. Segundo a autora, constantemente a mulher não tem sido denunciada após cometer um crime. Isso decorre do fato de que elas não são levadas a sério.<sup>268</sup>

---

263 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 55-57

264 ILGENFRITZ, Iara; SOARES, Bárbara Musumeci. **Prisioneiras: Vida e Violência atrás das Grades**. Rio de Janeiro: Garamond. 2002. p. 65

265 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 66

266 BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de; CAMPOS, Carmen Hein de (Org). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999. p. 86-87

267 OLIVEIRA, Raphael de Almeida Lôbo. **Impactos da política de drogas no encarceramento feminino**. São Paulo: Editora Biblioteca 24Horas, 2018. p. 70-72

268 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 46-48

“A seletividade é, portanto, a função real e a lógica estrutural de funcionamento do sistema penal, comum às sociedades capitalistas patriarcais.”<sup>269</sup> Esse formato de sociedade acaba por trazer a ideia de que a criminalidade feminina não é tão perigosa quando a masculina.<sup>270</sup>

O sistema penal opera como mecanismo de controle social. Ele produz e reproduz a desigualdade e a discriminação entre o masculino e o feminino, bem como seleciona o que é ou tornará a ser o bem e o mal. Esse sistema ocupa uma função importante para a sociedade, ele mantém o “*status quo social*”.<sup>271</sup>

A mulher foi colocada numa posição de tutela, sendo ela protegida pela sua família de origem, marido e pela sociedade. Ela é determinada como “cidadã de segunda categoria”. De um lado a mulher recebe uma impunidade relativa, de outro, isso demonstra como ela é impedida de exercer certa “responsabilidade social”, uma vez que, sua vida é restrita ao mundo privado. <sup>272</sup>

Então temos que, se por um lado o caráter passivo atribuído socialmente à mulher tem grande influência no sentido de que não se espera da mulher normal a delinquência, mas apenas das rebeldes, por outro lado o sistema de controle é voltado para os homens, com conceitos e delitos que são essencialmente masculinos. Não se adapta, então, ao feminino. O controle das mulheres seria, pois, exercido no âmbito privado, onde ela exerce seu papel de gênero.<sup>273</sup>

Contudo, historicamente, a mulher sofreu penalizações por influência da cultura patriarcal e pela igreja, que tinha grande poder e influência sobre a sociedade. Um dos momentos mais emblemáticos foi a “caça às bruxas”. Esse foi um período em que houve

---

269 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 137

270 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 46-47

271 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 138-140

272 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 48

273 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 51

uma intensa divisão entre homens e mulheres, e “inculcou nos homens o medo do poder das mulheres”. Em razão disso, elas foram perseguidas, torturadas e mortas. 274

Nos séculos VII e VIII foi introduzido nos códigos da época dos reinos teutônicos, o crime de *Maleficium*, atos de bruxaria. Por volta da metade do século XV ocorreram os primeiros julgamentos e o desenvolvimento de doutrinas sobre bruxas em países como França, Alemanha, Suíça e Itália. Entre 1435 e 1487, foram criados 28 tratados sobre bruxaria, e a “feitiçaria” passou a ser crime contra Deus e o Estado. 275

Em 1486 foi publicado a obra *Malleus Maleficarum* “O martírio das bruxas”, que tornou mais público ainda como a igreja reprovava certas condutas e denominava isso como bruxaria. A caça às bruxas nasceu de um processo de doutrinação, no qual, as autoridades iam nas comunidades expressar suas preocupações com relação a este problema e o que todos deveriam fazer para que não houvesse disseminação. Passou-se a ter listas de mulheres suspeitas e, as que eram julgadas tinham sempre testemunhas contra elas, mas eram impossibilitadas de ter qualquer pessoa para defendê-las ou prestar qualquer assistência.<sup>276</sup> Este é um trecho da obra citada:

Pois em verdade, sem a malignidade das mulheres, para não falar da bruxaria, o mundo seguiria existindo a prova de inumeráveis perigos. [...]Quer dizer que uma mulher é formosa na aparência, contamina pelo tato e é mortífero viver com ela[...]sua voz é como o canto das sereias, que com suas dozes melodias atraem os viajantes e os matam. Pois os matam esvaziando-lhes os bolsos, consumindo-lhes as forças, e fazendo-os abandonar a Deus.<sup>277</sup>

Avançando na história, por volta do século XVII, eram frequentes as punições no âmbito doméstico. Mulheres consideradas “irascíveis e refratárias”, estando submissas aos homens, eram punidas com instrumentos de tortura, que muitas das vezes eram oferecidos

---

274 FEDERICI, Silva. **Calibã e a Bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. Tradução: Coletivo Sycorax. 7. reimp. São Paulo: Elefante, 2017. p. 294-296

275 FEDERICI, Silva. **Calibã e a Bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. Tradução: Coletivo Sycorax. 7. reimp. São Paulo: Elefante, 2017. p. 295-296

276 FEDERICI, Silva. **Calibã e a Bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. Tradução: Coletivo Sycorax. 7. reimp. São Paulo: Elefante, 2017. p. 296-298

277 KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. **Malleus Maleficarum**: O martelo das bruxas. Parte I. Tradução: Alex H. S. [S.l.: s.n.]. 2007. Disponível: <<https://pt.slideshare.net/LordKianrul/malleus-maleficarum-parte-1-portugus>>. Acesso em 28 abr. 2020. p. 55

pelas próprias autoridades. No começo dos anos 1700, as mulheres eram condenadas, degredadas e obrigadas a se prostituir.<sup>278</sup>

Antes do surgimento da prisão como a principal forma de punição pública, era comum que quem violasse a lei fosse submetido a castigo corporal e muitas das vezes a penas capitais. O que não se costuma reconhecer é a conexão entre o castigo corporal imposto pelo Estado e as agressões físicas a mulheres nos espaços domésticos. Essa forma de disciplinamento corporal continua sendo infligida a mulheres de forma rotineira no contexto de relacionamento íntimo, mas raramente é encarada como algo relacionado à punição estatal.<sup>279</sup>

As penas privativas de liberdade que começaram a ser desenvolvidas cada vez mais, diante do sistema penitenciário, eram destinadas aos homens, e isso era reflexo dos direitos políticos, econômicos e legais, os quais, eram negadas as mulheres. Por conta disso, elas não podiam ser punidas através do cárcere. “[...]ela tendia a ser punida por se rebelar contra seus deveres domésticos em vez de falhar em suas escassas responsabilidades públicas.”<sup>280</sup>

A pouco tempo o direito penal defendia “a honra das mulheres honestas”. A elas era imposto valores patriarcais com o objetivo de controlar seu comportamento. A honestidade, todavia, possui um significado para cada gênero, sendo a honestidade para o homem atribuído a sua conduta com finanças, e à mulher, a honestidade tinha relação ao seu comportamento sexual, ou seja, a sua (não) liberdade sexual.” O controle social sobre a mulher ainda hoje é prévio ao controle penal, isto é, a mulher rompe primeiramente normas morais e papéis a ela atribuídos para, então, romper a norma legal. De forma que a mulher delinvente é duplamente infratora.”<sup>281</sup>

Assim sendo, analisando historicamente as acusações contra as mulheres, desde o contexto das bruxas, estas eram acusações “grotescas e inacreditáveis”, que nem poderiam ser comparadas a qualquer motivação ou crime, pois, todas as penalizações que foram

---

278 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 44-45

279 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 77

280 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 48

281 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação.** Curitiba: Juruá, 2018. p. 47-50

dadas as mulheres, são relacionados aos costumes de uma sociedade, devido a influência da igreja e do patriarcado.<sup>282</sup>

De mais em mais, as mulheres recebem tratamento diferenciado por parte da polícia, do judiciário e nas penitenciárias, bem como, por grande parte da população. A forma como se vê uma mulher cometer um crime ou a forma como ela responde por ele é nitidamente diferente dos homens. São atitudes discriminatórias tanto pela população como das autoridades, além da discriminação legal.<sup>283</sup>

### 3.1 HISTÓRIA DAS PRISÕES FEMININAS

A primeira penitenciária destinada apenas às prisioneiras femininas foi criada em 1645, cujo nome era *The Spinhuis*, localizada em Amsterdã, na Holanda. Era vista como um estabelecimento modelo, que recebia mulheres “pobres, desrespeitosas, criminosas, bêbadas e prostitutas, bem como meninas mal comportadas que não obedeciam aos seus pais e maridos”. O modelo holandês foi focado em reabilitação através do trabalho na indústria têxtil. Esse modelo de trabalho foi utilizado em diversos outros países europeus, como a Inglaterra, com trabalhos voltados não só a indústria têxtil, mas ao trabalho interno também como limpeza, cozinha e lavanderia da prisão.<sup>284</sup>

O debate acerca da necessidade de se criar instituições carcerárias destinadas apenas para mulheres surgiu no século XIX, “em países como França, Inglaterra e Estados Unidos. Ainda havia uma pequena porcentagem de mulheres detentas, sendo “20% na Inglaterra, entre 14% e 20% na França e entre 4% e 19% nos Estados Unidos”.<sup>285</sup> Londres inaugurou, em 1853, o primeiro reformatório para mulheres e, após 21 anos, os Estados Unidos inaugurou um em Indiana, com o objetivo de domesticidade.<sup>286</sup>

---

<sup>282</sup> FEDERICI, Silva. **Calibã e a Bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. Tradução: Coletivo Sycorax. 7. reimp. São Paulo: Elefante, 2017. p. 304

<sup>283</sup> VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 86

<sup>284</sup> ANGOTTI, Bruna. **Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus**: o surgimento dos presídios femininos no Brasil. 2. ed. rev. San Miguel de Tucumán: Universidade Nacional de Tucumán, Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 20-21

<sup>285</sup> ANGOTTI, Bruna. **Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus**: o surgimento dos presídios femininos no Brasil. 2. ed. rev. San Miguel de Tucumán: Universidade Nacional de Tucumán, Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 20-22

<sup>286</sup> DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 77.

Os países latino-americanos, na metade do século XIX, começaram a abrir prisões e casas de correção indicadas para as mulheres. Antes disso elas eram colocadas em cárcere destinado aos homens, o que trouxe complicações devido ao grande número de abusos. Essas iniciativas não vinham, em regra, das autoridades de Estado, mas de grupos filantrópicos e religiosos.<sup>287</sup>

Havia uma congregação chamada “Irmãs do Bom Pastor” que trabalhava na administração de prisões femininas em países como o Canadá e a França, depois passaram a administrar casas de correção em “Santiago do Chile (1857), Lima (1871) e Buenos Aires (1880)”. Consequentemente passaram a receber apoio dos governos, os quais não tinham interesse em administrar instituições de confinamento feminino, não queriam ter essa responsabilidade.<sup>288</sup>

A justificativa mais frequente para a falta de atenção dada às prisioneiras e às questões específicas em torno do encarceramento feminino é a proporção relativamente pequena de mulheres entre as populações carcerárias ao redor do mundo.<sup>289</sup>

O Estado não se interessava por nenhum assunto em relação as detenções femininas. Por conta disso elas acabavam por agir como “entidades semiautônomas não sujeitas à regulação ou supervisão estatal”. Isso permitiu que mulheres pudessem ser presas sem mandado judicial, violando a lei.<sup>290</sup>

No Brasil, no ano de 1870, os “calabouços” utilizados para aprisionar os escravos, que nesse período funcionava junto com a casa de correção da corte, tinham cerca de 187 mulheres escravas, 169 dessas conseguiram sair, apenas uma permaneceu por 25 anos.<sup>291</sup>

---

287 MAIA, Clarissa Nunes. (org.) *et al.* **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017. v. 1. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 810

288 MAIA, Clarissa Nunes. (org.) *et al.* **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017. v. 1. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 810-816

289 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 70

290 MAIA, Clarissa Nunes. (org.) *et al.* **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017. v. 1. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 830

291 ILGENFRITZ, Iara; SOARES, Bárbara Musumeci. **Prisioneiras: Vida e Violência atrás das Grades**. Rio de Janeiro: Garamond. 2002 p. 52



Lemos de Brito foi o principal encarregado pelos estudos e ideologia das prisões femininas no Brasil<sup>292</sup>. Na obra de Bárbara Musumeci e Iara Ilgenfritz, intitulada *Prisioneiras*, elas destacam que Lemos foi encarregado de elaborar um projeto de reforma penitenciária e defendeu que as mulheres deveriam ter um reformatório especial. Além disso, ele defendia que as detentas necessitavam de um tratamento específico no sistema penitenciário.<sup>293</sup>

Nesse período as prisões femininas eram utilizadas como uma forma de proteger a mulher para que ela evitasse tentações e ameaças mundanas.<sup>294</sup> “A maioria das mulheres que a polícia de costumes prendia e enviava para a prisão era de prostitutas, detidas sob o qualificativo de vadias ou desocupadas”, ou qualquer ocupação que ofendesse aos bons costumes e a moral.<sup>295</sup>

O modelo das prisões era o de “casa-convento” e as mulheres em reclusão eram tratadas como irmãs que não precisavam de um castigo rígido, mas de um “cuidado amoroso e bons exemplos”. Elas oravam e aprendiam sobre atividades domésticas.<sup>296</sup>

O lugar ocupado pela mulher delinquente, como ressaltado anteriormente, era o do desvio dos papéis do feminino, dos excessos, da falta de recato, das rupturas morais, soando a proposta das Irmãs de salvação moral e educação para uma ética cristã a mais adequada para o trato com essas mulheres desviantes.<sup>297</sup>

A partir de 1930 começaram a surgir as primeiras penitenciárias femininas. No Rio Grande do Sul havia o Instituto Feminino de Readaptação Social, criado em 1937. Em 1941,

---

<sup>292</sup> Lemos de Brito foi professor, penitenciário, legislador, deputado, membro do instituto dos advogados do Brasil e do Chile; presidente do Conselho Penitenciário do Distrito Federal, autor inúmeros livros sobre questões prisionais.

<sup>293</sup> ILGENFRITZ, Iara; SOARES, Bárbara Musumeci. **Prisioneiras**: Vida e Violência atrás das Grades. Rio de Janeiro: Garamond. 2002. p. 53

<sup>294</sup> MAIA, Clarissa Nunes. (org.) *et al.* **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Anfitheatro, 2017. v. 1. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 830

<sup>295</sup> ILGENFRITZ, Iara; SOARES, Bárbara Musumeci. **Prisioneiras**: Vida e Violência atrás das Grades. Rio de Janeiro: Garamond. 2002. p.54

<sup>296</sup> MAIA, Clarissa Nunes. (org.) *et al.* **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Anfitheatro, 2017. v. 1. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 830

<sup>297</sup> ANGOTTI, Bruna. **Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus**: o surgimento dos presídios femininos no Brasil. 2. ed. rev. San Miguel de Tucumán: Universidade Nacional de Tucumán, Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 153

foi criado em São Paulo o Presídio de Mulheres e em 1942 a Penitenciária Feminina no Distrito Federal, em Bangu.<sup>298</sup>

Em Porto Alegre, a princípio o local funcionava como convento. A congregação Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor D'Angeles é quem administrava e assumia o posto de recuperar aquelas que ali estavam, devido a sua vasta experiência de um século. O governador na época, José Antônio Flores da Cunha, foi quem fez o acordo com a congregação, acreditando que fosse o melhor a se fazer.<sup>299</sup>

A utilização de irmãs em prisões foi influenciada por outros países como Argentina e Chile, que já faziam uso desse método de "casa-convento". E já que não havia muito interesse do Estado em cuidar de assuntos relacionados ao sistema prisional feminino e naquele momento, havia poucas mulheres no mercado de trabalho e pouquíssimas funcionárias públicas, a única solução era contratar congregações religiosas.<sup>300</sup>

Em meio a reforma do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Contravenções Penais, em 1940 surgiu a necessidade de um programa que focasse no cárcere e, em meio as discussões, Lemos de Brito enfatizou, mais uma vez, a necessidade de separar os homens e as mulheres nos presídios, mas seus argumentos demonstraram que a criação de presídios diferentes para ambos os sexos era focada em garantir paz aos prisioneiros homens, tendo em vista que as mulheres poderiam atrapalhar questões relacionadas a abstinência deles.<sup>301</sup>

No ano de 1942 nasce a primeira penitenciária feminina no "antigo Distrito Federal", criada por um decreto de 1941, em Bangu, que foi administrada por freiras que cuidavam e forneciam "educação, disciplina, trabalho, higiene e economia". Nesse lugar havia uma capela e celas de castigo chamadas de "surdas", caso houvesse rebeldia ou alta histeria.

---

298 ANGOTTI, Bruna. **Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus**: o surgimento dos presídios femininos no Brasil. 2. ed. rev. San Miguel de Tucumán: Universidade Nacional de Tucumán, Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 116

299 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 74

300 ANGOTTI, Bruna. **Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus**: o surgimento dos presídios femininos no Brasil. 2. ed. rev. San Miguel de Tucumán: Universidade Nacional de Tucumán, Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 152.

301 ILGENFRITZ, Iara; SOARES, Bárbara Musumeci. **Prisioneiras**: Vida e Violência atrás das Grades. Rio de Janeiro: Garamond. 2002. p. 57

Em 1953, foram construídas mais “surdas” e inauguradas creches para os filhos das detentas de até três anos.<sup>302</sup>

A congregação do Bom Pastor D’Angers também fechou contrato com o Estado do Rio de Janeiro e São Paulo. As “irmãs” iriam fornecer educação, disciplina e trabalho para as presas, além da higiene e cuidados com a economia, em troca o Estado cobriria as despesas, além de um salário anual as irmãs. Todavia, apesar dos trabalhos que elas desempenhavam, o Estado cuidava da administração dos presídios, e requeriam relatórios e fiscalizavam.<sup>303</sup>

De acordo com o último relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade (os dados coletados foram de junho de 2017), mostrou que, atualmente, há 1.507 unidades prisionais cadastradas no INFOPEN. Grande parte das detentas estão em unidades administradas pelas Secretárias Estaduais, e outras estão em delegacias de polícia ou outros espaços de custódia pertencentes aos Governos Estaduais.<sup>304</sup>

### 3.2 CARACTERÍSTICA DAS MULHERES DO CÁRCERE NO BRASIL

Ao longo desta exposição foi possível observar que os problemas que norteiam toda a estrutura do sistema prisional feminino têm influência político-social-econômico-cultural, uma vez que, como fora citado, as mulheres se tornam mais ameaçadoras não pelo tipo de crime ou violência, mas pelo fato de infringirem costumes e papéis que foram construídos e designados a elas. O Estado sempre encarou isso como um desvio de comportamento.<sup>305</sup>

“Em face disso, a sociedade imprime sua condenação ao afirmar que a mulher envolvida com a prática de crimes deixa de cumprir seu papel, e esse julgamento exerce

---

302 ILGENFRITZ, Iara; SOARES, Bárbara Musumeci. **Prisioneiras: Vida e Violência atrás das Grades**. Rio de Janeiro: Garamond. 2002. p. 57-60

303 ANGOTTI, Bruna. **Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil**. 2. ed. rev. San Miguel de Tucumán: Universidade Nacional de Tucumán, Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 155.

304 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <  
[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) >. Acesso em 28 abril 2020. p. 6-7

305 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 71

influência na produção de invisibilidade da mulher no cárcere.”<sup>306</sup> Algumas pesquisas mostram que, pelo perfil das detentas, existem influência dos “fatores socioeconômicos com a criminalidade”, todavia, não é o único fator, uma vez que, pessoas que não são de baixa renda também cometem crimes.<sup>307</sup>

Nota-se que lidar com mulheres do crime, na prática, muita das vezes é mais fácil. “Elas são mais sensíveis e aprendem melhor com a experiência. E se caracterizam pela prática de crimes menos graves e menos violentos.”<sup>308</sup> Para o direito penal, algumas vezes, sua participação se torna irrelevante, pois quem, em regra, executa o crime é o homem, e é ele quem acaba fornecendo dados para a estatística da criminalidade. <sup>309</sup>

No Brasil, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), tem como principal escopo acompanhar e controlar a aplicação das diretrizes da Política Penitenciária Nacional e da Lei de Execução Penal. Se trata de um órgão executivo subordinado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. A última pesquisa foi feita a partir dos dados obtidos de junho de 2017 e essa pesquisa trouxe dados relevantes quanto as mulheres privadas de liberdade, os tipos penais mais decorrentes, a faixa etária mais encontrada, cor predominante, escolaridade, estado civil e quantidade de filhos. A pesquisa do INFOPEN foi feita com as 1.507 unidades prisionais cadastradas.<sup>310</sup>

### 3.2.1 TIPO PENAL

O direito penal sendo um conjunto de leis, tem seu objetivo, ou seja, sua finalidade, em através das normas, tutelar bens jurídicos, e que irão determinar seu alcance, “cuja

---

306 GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; BOAS, Cristina Campolina Vilas Boas. **Mulheres na prisão**: um estudo qualitativo. Curitiba: Appris, 2017. p. 34

307 BARTH, Elaine Maria Luz *et al.* (Org.) **Inclusão Social no Brasil**: experiências em programas de reabilitação prisional a partir do I Fórum Internacional de Ações Socioeducativas nas Prisões. Florianópolis: Agbus, 2003. p. 131-142. Apud. GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; BOAS, Cristina Campolina Vilas Boas. **Mulheres na prisão**: um estudo qualitativo. Curitiba: Appris, 2017. p. 34

308 DORA, Denise Dourado (org.). **Feminino e Masculino**: Igualdade e Diferença na Justiça. Porto Alegre: Sulina, 1997. p. 28

309 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 43-44

310 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: < [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) >. Acesso em 05 maio 2020. p. 5

violação se chama delito". 311 Ele irá trabalhar para que seja garantido a validade do sistema. 312

O relatório realizado pelo INFOPEN, com base nos dados coletados de junho de 2017, distribuiu quais os crimes, sejam eles tentados ou consumados, mais frequentes no sistema prisional feminino no Brasil em um lapso de tempo entre os anos de 2005 a 2017.

No relatório foi constatado que o tráfico de drogas é o principal responsável pela grande parte da população carcerária feminina (são cerca de 59,9% dos casos). Neste mesmo período o tráfico permaneceu sendo o principal motivo do encarceramento de mulheres no país, tendo sido responsável ao longo desse tempo por, aproximadamente, 59,6% das prisões femininas por ano.<sup>313</sup>

Ainda, é possível observar a distribuição dos crimes, tentados ou consumados, entre as unidades da federação, e foi constatado que o Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Roraima e Tocantins possuem mais de 80% de mulheres encarceradas em razão do tráfico de drogas. Um fato curioso é que o estado do Tocantins tem 100% das mulheres presas respondendo por tráfico de drogas. 314

Em segundo lugar há a incidência do crime de roubo, que possui 12,90% dos casos, e o de furto com 7,80%. O crime de homicídio tem apenas 6,96%. A pesquisa mostrou que 42,2% das mulheres estão cumprindo pena de 4 a 8 anos, sendo que 24,6% estão cumprindo de 8 a 15 anos e "13,4% com cumprimento de penas entre 2 a 4 anos." 315

---

311 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v.1. p. 41.

312 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 36

313 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <  
[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) >. Acesso em 05 maio 2020. p. 45-47.

314 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <  
[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) >. Acesso em 05 maio 2020. p. 47

315 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <

No livro "Mulheres na prisão: um estudo qualitativo", as autoras mencionam que, em lugares onde não tem política pública, na qual as pessoas não têm acesso "à cultura, educação, lazer, esporte, transporte, segurança pública, trabalho etc.". Nesses locais tendem a ter criminalidade, e o crime mais recorrido é o tráfico de drogas. Além do mais, pessoas que possuem mais condições, têm mais acesso a meios de estratégia e conseguem evitar de serem presas quando cometem algum crime.<sup>316</sup>

### 3.2.2 FAIXA ETÁRIA

Observou-se que há uma grande quantidade de jovens no sistema carcerário. Deste grupo, cerca de 25,22% são compostos por mulheres com 18 a 24 anos. A seguir vêm as mulheres que possuem entre 35 a 49 anos e que constituem 22,66% do total. Por fim, 22,11% das mulheres estão entre os 25 e 29 anos. Ou seja, "somadas ao total de presas até 29 anos de idade totalizam 47,33% da população carcerária."<sup>317</sup>

Ainda, a pesquisa trouxe dados muito interessantes, como o fato de que "a taxa de aprisionamento é calculada pela razão entre número total de mulheres privadas de liberdade e quantidade populacional de mulheres no país". O relatório dividiu grupos de 100 mil mulheres e subdividiu a faixa etária entre "jovem (18 a 29 anos) e não jovem (acima de 30 anos)". Sendo assim, para cada 100 mil mulheres jovens no Brasil, a taxa de aprisionamento chega a 100,69, um número assustador. Já entre as mulheres não jovens a taxa é de 21,7%.<sup>318</sup>

Na opinião de Carla Maria a grande porcentagem de mulheres jovens presas se dá porque nesse período é quando ocorrem as crises, ou seja, os problemas costumam surgir no final da adolescência e início da vida adulta. Do ponto de vista biológico, pode-se dizer

---

[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) >. Acesso em 05 maio 2020. p. 46-49

316 GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; BOAS, Cristina Campolina Vilas Boas. **Mulheres na prisão: um estudo qualitativo**. Curitiba: Appris, 2017. p. 34

317 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <  
[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) >. Acesso em 05 maio 2020. p. 29

318 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <  
[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) >. Acesso em 05 maio 2020. p. 29-31

que se deve aos “hormônios e o funcionamento do cérebro” e, psicanalítico, “enfraquecimento do ego”.<sup>319</sup>

Todavia, Drauzio Varella afirma que há fatores de risco, comprovados em “estudos conduzidos com metodologia científica” que podem justificar a criminalidade, principalmente entre jovens, sendo que os três principais são: infância negligenciada, violência, falta de atenção e cuidados; “falta de orientação firmes, que imponham limites ao adolescente”; e a convivência com outras pessoas que já vivem na “marginalidade”.<sup>320</sup>

### 3.2.3 ETNIA/COR

O relatório do INFOPEN indica que 48,04% das mulheres encarceradas são de cor/etnia pardas, 35,59% de cor/etnia branca e 15,51% são cor/etnia preta. Portanto, há um total de 63,55% da população feminina carcerária nacional distribuídas entre pardas e pretas. Neste particular, “os estados do Acre, Amazonas e Sergipe concentram mais de 85% de sua população carcerária neste perfil”.<sup>321</sup>

Ainda, a pesquisa traz um dado importante da “PNAD contínua 2017” (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua), essa pesquisa é realizada pelo IBGE e trouxe um dado significativo, pois, em relação a população brasileira, há um total de 55,4% de pessoas pretas e pardas (população preta).<sup>322</sup>

Esses dados que mostram a grande incidência de mulheres pretas e pardas tem um significado simbólico, tendo em vista as relações sociais. Além disso, é possível dizer que há reflexo do período onde ocorreu a escravidão, a marginalização da população preta.<sup>323</sup>

---

319 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 98

320 VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das letras, 2017. p. 264

321 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <  
[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) >. Acesso em 05 maio 2020. p. 31-33

322 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <  
[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) >. Acesso em 05 maio 2020. p. 31-32

323 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 100

Como menciona Angela Davis, quando se trata da diferença e do impacto das classes e da raça, nota-se que para a mulher branca e rica, o ato criminoso pode ser visto como uma “evidência de transtornos emocionais e mentais”, já quando se fala da mulher preta e pobre, isso “indica criminalidade”.<sup>324</sup>

Deve-se levar em consideração também que, até a abolição da escravidão a maioria das mulheres negras estava sujeita a regimes de punição que diferiam significativamente daqueles vividos pelas mulheres brancas. Como escravas, elas eram direta e muitas vezes brutalmente disciplinadas por condutas consideradas perfeitamente normais em um contexto de liberdade.<sup>325</sup>

### 3.2.4 ESCOLARIDADE

Quanto ao nível de escolaridade das mulheres no sistema carcerário no primeiro semestre de 2017, 44,42% são mulheres que não completaram o ensino fundamental, 15,27% não completaram o ensino médio e 14,48% possuem ensino médio completo. Apenas 1,46% das mulheres possuem ensino superior completo.<sup>326</sup>

A pesquisa mencionou que os dados fornecidos da PNAD Contínua 2017, notou que “no sistema penitenciário, mais da metade das mulheres custodiadas possuem baixa escolaridade, ao passo que entre a população brasileira percebe-se maior dispersão entre todos os níveis educacionais”.

Ainda, o estado do Alagoas, tanto em 2016 como em 2017, apresentou dados de que a porcentagem de analfabetas e alfabetizadas, mas sem cursos regulares, são três vezes maiores que as médias nacional.<sup>327</sup>

---

324 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 73

325 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 73

326 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: < [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) >. Acesso em 05 maio 2020. p. 34-35

327 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: < [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) >. Acesso em 05 maio 2020. p. 34-37



### 3.2.5 ESTADO CIVIL.

A pesquisa mostrou que a maioria das mulheres privadas de liberdade possuem o estado civil de solteiras. Elas representam 58,4% da população prisional, “seguindo a mesma tendência do segundo semestre de 2016”. As detentas em união estável ou casadas são cerca de 32,6%.<sup>328</sup>

### 3.2.6 FILHOS

Quanto aos números de filhos, a pesquisa feita pelo INFOPEN trouxe dados em relação as prisioneiras femininas e os prisioneiros masculinos, sendo que, em relação aos homens, 47,2% têm apenas um filho, em seguida 27% possuem dois filhos e 12,3% com três filhos. Já em relação as mulheres, “28,9% possuem um filho, acompanhado de 28,7% com dois filhos e 21,7% com três filhos.” Um dado interessante é que o percentual de mulheres em geral que possuem mais de quatro filhos representa 11,01%, à medida que, entre os homens, o percentual deles é de 7,11%.<sup>329</sup>

## 3.3 POPULAÇÃO PRISIONAL FEMININA NO BRASIL E NO MUNDO

Reitera-se que os fatores “políticos-ideológicos”, bem como o sistema econômico, impactam e elevam o encarceramento feminino, apesar de que os números sejam significativamente menores em relação ao homem.<sup>330</sup> Conforme menciona Angela Davis, a “globalização dos mercados econômicos” e o “boom na construção de prisões”, elevou o aumento de mulheres encarceradas ao redor do mundo todo.<sup>331</sup>

Não obstante o número pequeno de mulheres encarceradas, elas constituem o setor que mais cresce ao redor do mundo. É interessante apontar que a punição masculina estava ligada a ideia de “penitência e à reforma”. Os homens eram presos e perdiam “direitos e

---

328 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <  
[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) >. Acesso em 05 maio 2020. p. 37

329 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <  
[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) >. Acesso em 05 maio 2020. p. 43-45

330 BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Sueli Carneiro; São Paulo: Pólen, 2019. p. 93

331 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 70

liberdade” como uma forma de refletir seus atos e, após alcançar a “redenção”, poderiam recuperar esses direitos e liberdade. Contudo, a mulher não possuía nenhum tipo de direito ou liberdade, sendo assim, era completamente dispensável prende-las, uma vez que “não estavam aptas a participar desse processo de redenção”.<sup>332</sup>

Outro fato curioso, após inúmeros movimentos feministas em busca de direitos e liberdade, é o crescimento da taxa de criminalidade feminina, principalmente em países onde as mulheres possuem mais liberdade, igualdade e isonomia para com os homens. Observa-se que, ainda que elas tenham acesso ao mundo público, os vestígios do patriarcado na estrutura capitalista, acaba dificultando seu desenvolvimento social e econômico.<sup>333</sup>

Atualmente existem inúmeros presídios ao redor do mundo, e está se tornando cada vez mais frequente mulheres nesses locais cumprindo pena. A última pesquisa feita sobre a quantidade de prisioneiras femininas ao redor no mundo, pelo INFOPEN, com base nos dados coletados de 2015 e 2016, mostra que o Brasil está em quarto lugar, com a população prisional feminina de 42.355 mulheres. Os Estados Unidos estão em primeiro lugar com um total de 211.870 prisioneiras, em segundo a China com 107.131, e a Rússia em terceiro com 48.478 mulheres encarceradas.<sup>334</sup>

No entanto, em relação a taxa de aprisionamento, no qual o cálculo é feito de “acordo com o número de mulheres presas para cada grupo de 100 mil mulheres”, o Brasil se encontra em terceiro lugar, ficando atrás dos Estados Unidos e Tailândia. Entre 2000 e 2016, a taxa de encarceramento aumentou 455% no Brasil, enquanto que, no mesmo período, na Rússia, diminuiu 2% a quantidade de aprisionamento feminino. <sup>335</sup> Em uma pesquisa anterior, “no período de 2000 a 2014, o aumento da população feminina foi de

---

332 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 75

333 VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 55

334 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres**. 2. ed. Thandara Santos (org.). Marlene Inês da Rosa (colab.)... [et al]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf)>. Acesso em 9 maio 2020. p. 13

335 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres**. 2. ed. Thandara Santos (org.). Marlene Inês da Rosa (colab.)... [et al]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf)>. Acesso em 9 maio 2020. p.13

567,4%, enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%.”<sup>336</sup>

Foi mencionado no começo deste capítulo, na história das prisões femininas, que de acordo com a história ocidental, o primeiro estabelecimento prisional feminino surgiu em Amsterdã, na Holanda, no ano de 1645, que posteriormente influenciou outros países da Europa, como a Inglaterra, e no século XIX surgiu em países como França e Estados Unidos. Destes países mencionados e que foram os primeiros a construir e estabelecer prisões para mulheres, apenas os Estados Unidos estão na lista dos 12 países com maior população carcerária do mundo, estando, inclusive, em primeiro lugar.<sup>337</sup>

Dentre os 12 países com maior população prisional feminina do mundo, fora os quatro primeiros já apontados, em 5º lugar está a Tailândia, em 6º Índia, 7º Filipinas, em 8º Vietnã, 9º Indonésia, 10º México, 11º Mianmar e em último lugar Turquia.<sup>338</sup>

Os dados coletados de junho de 2017 pelo INFOPEN, afirmou ter ocorrido uma diminuição na população prisional feminina brasileira de 2016 a 2017, representando uma redução de “7,66% no total de mulheres custodiadas”, a primeira e última vez que havia ocorrido uma diminuição na população carcerária feminina foi em 2005 e, desde então, apenas aumentava. De acordo com essa última pesquisa o Brasil possui 37.828 mulheres privadas de liberdade.<sup>339</sup>

---

336 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf)>. Acesso em 16 maio 2020. p. 5

337 ANGOTTI, Bruna. **Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus**: o surgimento dos presídios femininos no Brasil. 2. ed. rev. San Miguel de Tucumán: Universidade Nacional de Tucumán, Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 20-21

338 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres**. 2. ed. Thandara Santos (org.). Marlene Inês da Rosa (colab.)... [et al]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf)>. Acesso em 12 maio 2020. p. 13

339 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf)>. Acesso em 09 maio 2020. p. 8-9

O estado de São Paulo possui grande parte da população prisional feminina, com 31,6% ou 12.183 mulheres, e em contrapartida, o Amapá é o estado que possui o menor número populacional de prisioneiras femininas do país, com 0,29% ou 108 mulheres.<sup>340</sup>

Consoante aos dados disponíveis no INFOPEN, o responsável pelo grande número de mulheres encarceradas é o tráfico de drogas, sendo ainda que, em 2005 a legislação acabou endurecendo as penas e isso fez “explodir o aprisionamento feminino” no Brasil, tornando também, um fator determinante para ao aumento das populações prisionais masculinas. <sup>341</sup>

Entre 1995 e 2010, o Brasil foi o segundo país com maior variação de taxa de aprisionamento no mundo, ficando apenas atrás da Indonésia, um regime marcadamente repressor em relação à Política de Drogas, inclusive com penalização por morte. Tráfico, ademais, é a tipificação com maior incidência no sistema prisional, em uma média de 27%. Contudo, se fizermos o recorte de gênero, o número é assustador: 62% das mulheres encarceradas estão tipificadas na Lei de Drogas (Lei 11.343/06), enquanto que esse percentual cai para 26% entre os homens encarcerados.<sup>342</sup>

Nos Estados Unidos, em 1986, o presidente Ronald Reagan, também adotou uma política contra as drogas que fez com que aumentasse o número de prisões e a população carcerária. “De 1920 a 1980 a taxa de encarceramento variou de 80 a 150 presos em cada grupo de 100.000 residentes no país; de 1980 a 2000 esta mesma taxa saltou para quase 450 presos em grupo de 100.000 cidadãos.”<sup>343</sup>

Além da quantidade de mulheres privadas de liberdade devido ao tipo penal de tráfico de drogas, outra característica recorrente no sistema penitenciário como um todo é a grande maioria das mulheres serem da população preta, representada por 66,53% do

---

340 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: < [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) >. Acesso em 09 maio 2020. p. 9

341 VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das letras, 2017. p. 137

342 BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Sueli Carneiro; São Paulo: Pólen, 2019. p. 86

343 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 84

total. Além disso, 47,33% são jovens entre 18 a 29 anos.<sup>344</sup> “O encarceramento segue como uma engrenagem de profunda manutenção das desigualdades baseadas em hierarquia racial e tendo no segmento juvenil seu principal alvo.”<sup>345</sup>

“É como se a prisão fosse um fato inevitável da vida, como o nascimento e a morte. [...] há relutância em enfrentar a realidade que se esconde nas prisões, medo de pensar no que acontece dentro delas. Dessa maneira, o cárcere está presente em nossa vida e, ao mesmo tempo, está ausente de nossa vida. Pensar nessa presença e nessa ausência simultâneas é começar a compreender o papel desempenhado pela ideologia em modelar a forma como interagimos com nosso entorno social.”<sup>346</sup>

O grande aumento do encarceramento tem mudado toda a forma de organização da sociedade, a “dinâmica de comunidades, de milhares de famílias”. Ao passo que esse fenômeno do encarceramento em massa tem tornado as pessoas encarceradas cada vez mais vulneráveis socialmente, “essas exposições e essas ausências que levaram essas pessoas a uma criminalização e uma punição, e não o contrário.”<sup>347</sup>

Considerando o que já foi exposto ao longo da pesquisa, é possível ver que “nós, enquanto sociedade, evitamos falar de mulheres encarceradas.”<sup>348</sup>

Convencemos a nós mesmos de que certos aspectos da feminilidade não existirão se nós não os nomearmos ou se só falarmos deles bem baixinho. Assim, ignoramos as transgressões de mulheres como se pudéssemos manter isso em segredo, a fim de controlar aquelas que ainda não se rebelaram contra o ideal da “feminilidade pacífica”.<sup>349</sup>

---

344 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf)>. Acesso em 16 maio 2020. p. 29-33

345 BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Sueli Carneiro; São Paulo: Pólen, 2019. p. 94

346 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 16

347 BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Sueli Carneiro; São Paulo: Pólen, 2019. p. 118

348 QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 18

349 QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 19

Quando o assunto é cadeia, o masculino ainda é a regra. É possível identificar isso inclusive nas teorias criminológicas, que são “escritas por homens e para homens”. O feminino é visto como o “outro”, em contraponto ao homem. No entanto, o que é possível verificar é que as mulheres “também sofrem com a superpopulação, violência e desrespeito aos direitos humanos.”. Contudo, ao comparar seus problemas com os das grandes prisões masculinas, o cenário da mulher parece “menos grave ou urgente”. Isso acaba resumindo os problemas das detentas nas necessidades higiênicas, como papel higiênico e absorvente, e consultas ao ginecologista e à maternidade.<sup>350</sup>

O presídio é uma máquina de abandono, na qual a violência é tão presente quanto se imagina. Ele ganha sentidos e formatos múltiplos<sup>351</sup>. O abuso não parou, ele permanece tão “insidioso e disseminado na prisão”, quanto fora dele.<sup>352</sup>

#### 4. PROBLEMA DE GÊNERO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

O gênero, como já fora mencionado no capítulo 1, é uma construção cultural e social. Muito embora tenha sido criada, os conceitos concebidos não declaram algo artificial ou ilusório, mas essas construções “assumem o lugar do real”, e se consolidam através de um auto naturalização.<sup>353</sup>

Na afirmação de Beauvoir de que ninguém nasce mulher e sim torna-se mulher decorre que mulher é um termo em processo, um devir, um construir de que não se pode dizer com acerto que tenha uma origem ou um fim. Como uma prática discursiva contínua, o termo está aberto a intervenções e ressignificações. Mesmo quando o gênero parece cristalizar-se em suas formas mais reificadas, a própria “cristalização” é uma prática insistente e insidiosa, sustentada e regulada por vários meios sociais. [...]O gênero é a estilização

---

350 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 54-55

351 DINIZ, Debora. **Cadeia**: Relatos sobre mulheres. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 210

352 BUNNEY, Marcia. **One life in Prison: Perception, Reflection, and Empowerment**, in Sandy Cook e Susanne Davies (eds). *Harsh Punishment: International Experiences of Women's Imprisonment*. Boston: Northeastern University Press, 1999. p. 29-30. Apud. DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 65

353 BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 18 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 69

repetida do corpo, um conjunto de ator repetidos no interior de uma estrutura reguladora altamente rígida.<sup>354</sup>

O que dificulta ainda mais a aceitação social das mulheres no universo criminal são os estereótipos criados e ligados a criminalidade, pois lhe incidem duas determinações, o patriarcado e o capitalismo, e isso as tornam mais invisíveis, e suas causas e problemas ignorados.<sup>355</sup> É possível identificar que em um ambiente prisional, há o reflexo da estrutura das diversas relações, sendo elas, “econômica, sociais, de gênero, raciais e de poder”.<sup>356</sup>

Não tem como ignorar o fato de que “as práticas nas penitenciárias femininas são marcadas pela questão de gênero”, mas, mais ainda, as questões de gênero também marcam o que acontece nas penitenciárias masculinas. O gênero é um fator determinante na estrutura organizacional de um sistema prisional.<sup>357</sup> Todavia, este trabalho atentará apenas no que se refere a mulher.

#### 4.1 DIREITOS DA MULHER DETENTA

A democracia, como sendo um regime político em que o povo exerce a soberania e participa igualmente, serve como instrumento para evitar violações que colocam em risco os direitos humanos.<sup>358</sup> “Democracia e direitos humanos devem caminhar juntos e abarcar indiscriminadamente a todos os cidadãos em suas especialidades.”<sup>359</sup>

Em 1948 foi proclamado, através da Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe sobre as obrigações jurídicas que cada país deve fornecer, como a garantia de que todos tenham a sua dignidade e

---

354 BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.** Tradução de Renato Aguiar. 18 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 69

355 GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; BOAS, Cristina Campolina Vilas Boas. **Mulheres na prisão: um estudo qualitativo.** Curitiba: Appris, 2017. p. 33

356 SILVA, Amanda Daniele. **Mãe/Mulher atrás das Grades: A realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina.** São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. Publicação com paginação irregular.

357 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 66

358 OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. **As mulheres, os direitos humanos e a democracia.** [S.l.: s.n.]. [ ]. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. Publicação com paginação irregular.

359 GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; BOAS, Cristina Campolina Vilas Boas. **Mulheres na prisão: um estudo qualitativo.** Curitiba: Appris, 2017. p. 59

integridade protegidas, bem como, garantia de direitos civis “como direitos à vida, segurança, justiça, liberdade e igualdade”, dentre inúmeras outras garantias.<sup>360</sup>

Em 1993, tornando-se um marco importante para as mulheres, durante a Conferência de Viena sobre Direitos Humanos, a mulher passou a ser “vista” como um indivíduo detentor de direitos e garantias, uma vez que as mulheres estavam posicionadas em um lugar chamado de “pontos cegos”, na qual impossibilitava o “reconhecimento de que a humanidade é feita de dois sexos, diferentes e iguais em direitos e deveres.” Nesse momento foi possível reconhecer “que os direitos das mulheres são inalienáveis.” Isso faz com que a democracia seja vista como algo real.<sup>361</sup>

Em 1955 foi adotado pelo primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes as “Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela)”, que foi aprovado em 1957 pelo Conselho Econômico Social da ONU. O congresso reforçava a necessidade de se combater qualquer tipo de discriminação de “raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento”. Além disso, especificou a necessidade de espaços físicos para homens e mulheres presos, dentre outras normas.<sup>362</sup>

#### Regra 1

Todos os reclusos devem ser tratados com o respeito inerente ao valor e dignidade do ser humano. Nenhum recluso deverá ser submetido a tortura ou outras penas ou a tratamento cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos reclusos, do pessoal do sistema prisional, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada.

#### Regra 2

1. Estas Regras devem ser aplicadas com imparcialidade. Não deve haver nenhuma discriminação em razão da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, patrimônio, nascimento ou outra condição. É necessário respeitar as

---

360 GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; BOAS, Cristina Campolina Vilas Boas. **Mulheres na prisão**: um estudo qualitativo. Curitiba: Appris, 2017. p. 59

361 OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. **As mulheres, os direitos humanos e a democracia**. [S.l.: s.n.]. [ ]. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. Publicação com paginação irregular.

362 GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; BOAS, Cristina Campolina Vilas Boas. **Mulheres na prisão**: um estudo qualitativo. Curitiba: Appris, 2017. p. 60



crenças religiosas e os preceitos morais do grupo a que pertença o recluso.

2. Para que o princípio da não discriminação seja posto em prática, as administrações prisionais devem ter em conta as necessidades individuais dos reclusos, particularmente daqueles em situação de maior vulnerabilidade. As medidas tomadas para proteger e promover os direitos dos reclusos portadores de necessidades especiais não serão consideradas discriminatórias.<sup>363</sup>

Conforme dispõe no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”<sup>364</sup> A Carta Magna assegura que aos presos devem ser assegurados todos os “direitos fundamentais reconhecidos à pessoa livre”, a exceção são aqueles incompatíveis com a condição de presos, como por exemplo, a liberdade de locomoção, prevista no artigo 5, inciso XV.<sup>365</sup>

No ano de 1984 foi sancionada a Lei 7.210, chamada de Lei de Execução Penal (LEP). Seus objetivos estão dispostos no artigo primeiro, como sendo um meio de “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.<sup>366</sup>

Esta lei é guiada pelos princípios da legalidade, igualdade, individualização da pena, jurisdicionalidade e dignidade da pessoa humana. Este último, por fazer ligação direta com a humanidade da pena, traz no art. 5º, inciso XLVIII da CRFB, que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.”<sup>367</sup> Ou seja, de acordo com a lei, a mulher deve cumprir pena em estabelecimento próprio para o seu sexo.

---

363 ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela)** Tradução: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-P-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2020. p. 5

364 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum JusPodivm. 7. ed. rev., atual. E ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 34

365 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 933

366 CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 13

367 CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 15

A Lei de Execução Penal assegura os direitos a assistência ao preso e ao internado, sendo uma obrigação do Estado fornecer assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, conforme dispõe o artigo 10 e 11. O objetivo da assistência é buscar “evitar a reincidência e garantir dignidade humana”, proporcionando condições boas e suficientes para que o preso ou o internado possa voltar ao convívio social. Essa assistência se estende, inclusive, ao egresso, assim considerando o indivíduo que for liberado definitivamente, durante um ano, a partir do dia de sua saída do estabelecimento, e o liberado de forma condicional, durante seu período de prova.<sup>368</sup>

“De acordo com as Regras Mínimas da ONU para Tratamento de reclusos, [...] o Estado é encarregado de fornecer aos presos alimentação (preceito 22), vestuário (preceito 19 a 21) e instalações higiênicas (preceito 17).” No artigo 12 da Lei de Execução Penal, é determinado a assistência material, que consistirá em fornecer alimentos, vestuários e equipamentos de higiene. Roupas que normalmente consistem nos uniformes utilizados pelas detentas e detentos, bem como quando a detenta for sair da penitenciária, através de autorização, ela poderá utilizar suas roupas próprias.<sup>369</sup>

“Na penitenciária feminina, as únicas peças de vestuário fornecidas pelo Estado na chegada das presas são uma calça e uma bermuda marrom ou cáqui e uma camiseta branca, do uniforme obrigatório. Calçados, roupas de baixo e agasalhos ficam por conta de cada uma. Ao dar entrada, elas recebem ainda lençol, cobertor, colcha e travesseiro, cuja reposição é imprevisível no decorrer do cumprimento da pena.”<sup>370</sup>

Já o artigo 13 da Lei de Execução Penal, dispõe que cada estabelecimento permitirá a venda de produtos e objetos de necessidades pessoais, permitidos e não oferecidos pela Administração.<sup>371</sup> Todavia, são poucas as mulheres que possuem condições para comprar algo de sua necessidade, como roupas íntimas, e nem todas recebem visita dos parentes que poderiam suprir essas necessidades. Drauzio Varella, médico e escritor, durante seu trabalho nas penitenciárias, mencionou que atendeu uma idosa que estava com micose

---

368 CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 39

369 CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 41

370 VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 95

371 CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 41

extensa e ele lhe recomendou cremes e que “mantivesse a região bem seca”. Ela, então, respondeu: “não consigo, só tenho uma calcinha. Lavo, torço e visto outra vez.”<sup>372</sup>

Outra situação bastante polêmica é quanto ao kit de higiene que, em tese, deve ser oferecido pelo Estado. Entretanto, muitas detentas reclamam do descaso do Estado em fornecer o kit que consiste em papel higiênico, absorvente, sabonete e pasta de dente. “Todos os meses, cada mulher recebe dois rolos de papel higiênico, dois pacotes com dez absorventes íntimos, dois sabonetes, dois sabões em pedra e dois tubos de pasta de dente.”<sup>373</sup> Infelizmente, pela escassez de absorventes, as detentas precisam se virar com panos e até mesmo miolos de pão.<sup>374</sup>

“Em geral, cada mulher recebe por mês dois papéis higiênicos (o que pode ser suficiente para um homem, mas jamais para uma mulher, que o usa para duas necessidades distintas) e um pacote com oito absorventes. Ou seja, uma mulher com um período menstrual de quatro dias tem que se virar com dois absorventes ao dia; uma mulher com um período de cinco, com menos que isso.”<sup>375</sup>

O artigo 14 que disciplina sobre a assistência à saúde, dispõe no parágrafo terceiro, que é assegurado “acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.” Em 2009, surgiu a Lei nº 11.942, cujo objetivo era disciplinar condições mínimas de assistência para as mulheres presas e aos recém-nascidos. Ela alterou os “arts. 14, 83, §2º e 89”.<sup>376</sup>

Diferente dos estabelecimentos masculinos, que os problemas de saúde giravam em torno de feridas mal cicatrizadas, tuberculose, infecções respiratórias e micose, os problemas de saúde das mulheres consistiam em “cefaleia, dores na coluna, depressão, crises de pânico, afecções ginecológicas, acne, obesidade, irregularidades menstruais, hipertensão arterial, diabetes, suspeita de gravidez.”<sup>377</sup>

---

372 VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das letras, 2017. p. 96

373 VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das letras, 2017. p. 96

374 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 56

375 QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 182

376 CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 42-43

377 VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das letras, 2017. p. 13-14

Em relação a assistência para mulheres grávidas, a lei estabelece que elas tenham assistência no pré-natal e no pós natal. Todavia, na realidade, uma das maiores queixas das grávidas é a falta de atendimento no pré-natal, ou seja, mais uma determinação dada pela lei que não é executada.<sup>378</sup>

Além disso, conforme Decreto nº 5.888/16, artigo 3º, é vedado o uso de algemas durante o parto, bem como durante o trajeto até unidade hospitalar e no pós parto. Esse Decreto regula o artigo 199 da Lei de Execução Penal, que estabelece que é a através de decreto federal que poderá ser disciplinado o emprego de algema.<sup>379</sup> Ainda, "o decreto reforça a importância de se respeitar, no emprego de algemas, a Constituição Federal da República, as Regras de Bangkok e o Pacto de San Jose da Costa Rica."<sup>380</sup>

No artigo 83, §2º da Lei de Execuções Penais, é assegurado que os estabelecimentos prisionais femininos contem berçário em suas dependências, onde deve ocorrer os cuidados e a amamentação das crianças até no mínimo 6 meses de idade. Essa exigência também é garantida pela Magna Carta, no artigo 5, inciso L, estabelecendo que "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.". Nesse sentido, também dispõe as Regras de Mandela.<sup>381</sup>

Já o art. 89, da supracitada lei, dispõe que os estabelecimentos devem conter seções para gestantes e parturientes, além de conter creche para crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos. A "Lei 13.257/2016, que alterou o art. 8º da Lei 8.069/1990 (Estatuto da criança e do adolescente)", por sua vez, passou a garantir que as mulheres tivessem acesso aos programas e políticas públicas referentes a reprodução, período de gestação, parto e o período puerpério.<sup>382</sup>

Em 2018, foi promulgada a Lei 13.769 que alterou o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal no que diz respeito a pontos como a progressão de regime de pena

---

378 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 23

379 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 23-24

380 CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 302

381 CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 151-152

382 CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 159-160

da mulher, seja ela gestante, mãe ou responsável por criança ou pessoas com deficiência. Do mesmo modo, alterou o sistema de prisão domiciliar cautelar para que este regime fosse dado as mulheres em condição de mãe com crianças até os 12 anos, gestantes e puérperas, como também aquelas que já estavam na companhia de seus filhos na prisão.<sup>383</sup>

O suporte fático para a concessão da ordem consistiu na comprovação de que mulheres grávidas e mães de crianças (compreendidas no sentido legal conferido pelo art. 2º do ECA: até doze anos incompletos) estavam sendo submetidas a prisões preventivas em condições degradantes, não dispunham de cuidados médicos pré-natais e pós-parto e não contavam com berçários e creches para seus filhos.<sup>384</sup>

A Lei de Execução Penal garante através do Estado, a assistência educacional. O artigo 19 estabelece que o ensino será ministrado “em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico”. Além disso, para as mulheres condenadas, o parágrafo único do referido artigo indica que as mulheres deverão receber “ensino profissional adequado à sua condição.” Rogério Sanches opina no sentido de que esse parágrafo único é “discriminatório (e ultrapassado)”, uma vez que não há justificativa para sua não aplicação aos homens, e mais do que isso, com base nas mudanças sociais, não há como afirmar que existe profissão destinada exclusivamente para homens ou mulheres.<sup>385</sup>

O artigo 83, §3º da LEP, estabelece que os estabelecimentos que forem destinados a mulheres deverão dispor, exclusivamente, de agentes penitenciárias do sexo feminino, mais precisamente para a “segurança de suas dependências internas”.<sup>386</sup>

Ainda assim existem estabelecimentos femininos que possuem homens nessas funções e isso é preocupante, uma vez que é frequente casos de estupro e, em algumas situações, as presas acabam “tirando benefício”, tendo em vista que ela se submete as

---

383 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** parte geral. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 125

384 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** parte geral. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 125

385 CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos.** 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 48

386 CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos.** 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 150

relações sexuais para ganhar regalias, como o uso de computador, celular, etc. “Na cabeça dela, ela não está sendo forçada, ela está tirando benefício.”<sup>387</sup>

Além da Carta Magna, a Lei de Execução Penal, as Regras do Mandela e demais leis e decretos citados, existem outras políticas como a portaria MJJ//SPM nº 210/2014, que “institui a política nacional de atenção às mulheres em situação de privação de liberdade e egressas do sistema prisional”, e tem como um dos seus objetivos principais incentivar outros órgãos estaduais da administração prisional para que levem em conta as peculiaridades do gênero feminino.<sup>388</sup>

Ademais, existe as regras de Bangkok, que foi criada pelas Nações Unidas “para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.” Seu objetivo é o de garantir que mulheres tenham suas “distintas necessidades” respeitadas e garantidas, e isso não deve ser considerado de natureza discriminatória, posto que se trata de uma atenção que promova a igualdade material entres os gêneros.<sup>389</sup>

Considerando-se esse compromisso do Estado brasileiro com os direitos humanos, faz-se necessário priorizar métodos que atendam às necessidades das(os) apenadas(os) dentro do limite possível de dignidade humana, criando condições efetivas de recuperação e ressocialização. Esse seria um diferencial para romper as variáveis histórias e circunstâncias, cristalizadas no cotidiano social e no ambiente interno dos presídios, que geram e agravam situações-problema nas mais diversas áreas.<sup>390</sup>

A mulher possui muitas dificuldades em adquirir a titularidade de direitos na grande maioria das sociedades, uma vez que o status de cidadã veio muito tardiamente. Há pouca representação nas instâncias de poder. As mulheres enfrentam “discriminações sociais,

---

387 QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 243

388 CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 381-386

389 CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 387-395

390 GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; BOAS, Cristina Campolina Vilas Boas. **Mulheres na prisão**: um estudo qualitativo. Curitiba: Appris, 2017. p. 60

quanto ao seu próprio reconhecimento da titularidade de direitos, incluindo o direito de terem direito.”<sup>391</sup>

O direito possui como característica sua dinâmica, pois seu objetivo é atender “aos ditames sociais”. Entretanto, o Brasil possui inúmeros documentos legais, tanto internos como internacionais, o que lhe falta é a execução desses diplomas legais, ou seja, aplicar os dispositivos “que outorgam dignidade e respeito à mulher enquanto mãe e encarcerada.”<sup>392</sup>

De mais em mais, no livro “Mães encarceradas e Filhos Abandonados”, ao mencionar sobre as legislações sobre mulheres encarceradas, a autora aponta um descuido por parte do legislador ou talvez uma questão de especificidade, tendo em vista que as legislações não destacam os presídios em si, mas apenas se atentam a beneficiar as mulheres, “por interpretação literal”. É possível identificar isso na legislação que assegura direito à saúde do preso, pois, quando se trata da saúde da detenta, “essa geralmente é vinculada à gestação”. Todavia, é importante enfatizar que o problema no cárcere em relação ao gênero feminino, vai muito além da maternidade, ainda que tenha uma importância primordial neste ambiente.<sup>393</sup>

#### 4.2 INFRAESTRUTURA DAS PENITENCIÁRIAS FEMININAS

A infraestrutura diz respeito a reunião de elementos estruturais de um determinado lugar. Ela serve como suporte, enquanto que a estrutura irá englobar todos esses elementos, ou seja, materializará isso. A infraestrutura é importante para o desenvolvimento de um local, e isso garantirá o “bem-estar” das pessoas que a cercam.<sup>394</sup> Em unidades prisionais, a infraestrutura diz respeito a locais adequados para a realização

---

391 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 38

392 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 44

393 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 57

394 FUNDAÇÃO INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO. **INFRAESTRUTURA**: o que é, tipos, importância e problemas. Disponível em: <<https://fia.com.br/blog/infraestrutura/>>. Acesso em 07 julho 2020.

de visitas, celas que comportem todas as detestas e detentos, bem como aos locais para exercer atividades laborais, berçário, cozinha, etc.<sup>395</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece no artigo 5º, inciso XLVIII, que “a pena será cumprida em estabelecimento distinto, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, ou seja, devem existir estabelecimentos penais específicos para cada sexo, tanto feminino e masculino.<sup>396</sup> Vale lembrar que a primeira penitenciária destinada apenas ao sexo feminino no Brasil surgiu a partir do ano de 1930.<sup>397</sup>

De acordo com a última pesquisa feita pelo INFOPEN 2017 em relação aos estabelecimentos penais, “74,85% dos estabelecimentos prisionais no Brasil foram construídos para detenção de presos do sexo masculino, seguido de 18,18% para o público misto e 6,97% exclusivamente para mulheres.”<sup>398</sup>

O que eles chamam de presídios mistos são, na verdade, presídios masculinamente mistos[...]até a estrutura dos prédios é feita para homens. Os banheiros, por exemplo, são os chamados “bois”, ou seja, buracos no chão. Imagine uma grávida se agachando num lugar destes? Num presídio com trezentos homens e dez mulheres, quem você acha que vai trabalhar e estudar? Quem vai ter horário de banho de sol? A minoria? Os espelhos são uma lâmina onde elas se veem completamente deformadas. Imagine passar cinco ou seis anos se vendo assim e sem nunca observar o seu corpo inteiro? Como você vai se imaginar?<sup>399</sup>

---

395 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf)>. Acesso em 09 junho 2020. p. 15-19

396 CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 15

397 ANGOTTI, Bruna. **Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil**. 2. ed. rev. San Miguel de Tucumán: Universidade Nacional de Tucumán, Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 116

398 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf)>. Acesso em 9 junho 2020. p. 15-16

399 QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 133



Ademais, foi promulgada a Lei nº 13.869/2019 (lei de abuso de autoridade), que estabelece, que “manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento” é tipificada como abuso de autoridade, ensejando pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa. Infelizmente, em 2007, na cidade de Abaetetuba, no Pará, uma adolescente de 15 anos, que portava documentos “que não revelava sua verdadeira idade” fazendo se passar por alguém de 19 anos, foi colocada em uma cela com presos do sexo masculino, uma vez que na cidade onde foi presa não havia penitenciária feminina. Essa adolescente passou confinada por 26 dias, onde foi estuprada incontáveis vezes e espancada.<sup>400</sup>

Como não há muitas penitenciárias femininas ao redor do país, a maior parte das mulheres se encontram nas penitenciárias mistas. Estes estabelecimentos não foram idealizados para melhor recebê-las. Ainda que os estabelecimentos sejam femininos, não apresentam as especificidades que o aprisionamento feminino demanda, “pois sequer foram construídos para esse fim.”<sup>401</sup> As penitenciárias foram planejadas para homens. Os seus banheiros são masculinos e grande parte das instalações são masculinas.<sup>402</sup>

O relatório feito pelo grupo de estudos e trabalho “Mulheres Encarceradas”, que conta com o apoio do Centro Pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e outras entidades como Associação Juízes para a Democracia (AJD) e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), formado em 2007, indica que quase todos os estabelecimentos prisionais femininos tinham outra destinação: ou eram penitenciárias masculinas, ou prédios públicos, ou cadeias públicas. “Essa realidade determina também que as condições de habitabilidade e salubridade das prisões, sejam penitenciárias ou cadeias públicas, estejam bastante comprometidas.”<sup>403</sup>

No estado do Espírito Santo, a penitenciária feminina Tucum era um antigo manicômio judiciário que havia sido adaptado para receber as detentas.<sup>404</sup> No entanto,

---

400 CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 149-150

401 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 52

402 QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 195

403 GRUPO DE ESTUDOS E TRABALHO MULHERES ENCARCERADAS. **Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil**. São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>>. Acesso em: 15 junho 2020. p. 20

404 GRUPO DE ESTUDOS E TRABALHO MULHERES ENCARCERADAS. **Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil**. São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/wp->

neste estabelecimento ocorreu uma rebelião, no qual as detentas reclamavam das condições precárias do local, além da falta de higiene e segurança. O local foi desativado e as detentas foram transferidas para o novo presídio feminino Vila Velha.<sup>405</sup>

Não muito diferente do sistema penitenciário masculino, as penitenciárias femininas também se encontram com superlotação, de acordo com o relatório do INFOPEN 2017. Em relação às unidades femininas que informaram sobre a taxa de ocupação, 18 estados brasileiros se encontram com superpopulação carcerária. De acordo com a pesquisa, na relação presa/vaga, "52,45% das custodiadas no Brasil encontram-se em local para até 1 presa por vaga, seguido de 33,97% entre 1 e 2 presas por vaga e 9,51% entre 2 e 3 presas por vaga."<sup>406</sup>

O relatório informa, ainda, que o Distrito Federal não possui unidade feminina e os estados do Acre, Alagoas, Mato Grosso, Tocantins, Roraima e Paraná não possuem unidades mistas.<sup>407</sup>

Informa, ainda, que "os dados sobre encarceramento feminino ainda são incipientes; que as estruturas das unidades prisionais não respeitam as especificidades de gênero.". Deste modo, é importante que sejam analisados a situação em que se encontra o cárcere, sua estrutura e a vivência, tanto dos presos homens e das detentas, uma vez que isso possibilitaria uma melhor identificação dos problemas e necessidades de cada grupo.<sup>408</sup>

#### 4.2.1 VISITA FAMILIAR E ÍNTIMA

---

[content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf](http://content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf)>. Acesso em: 15 junho 2020. p. 20

405 **PRESÍDIO FEMININO DE TUCUM É DESATIVADO APÓS REBELIÃO NO ES.** G1 Globo, Espírito Santo, 16 ago. 2011. Disponível em: <<http://glo.bo/ncsw0J>>. Acesso em: 15 junho 2020.

406 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017.** Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf)>. Acesso em: 16 junho 2020. p. 25-28

407 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017.** Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf)>. Acesso em: 16 junho 2020. p. 28

408 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados:** Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 45-51

A visita é um direito da detenta e do detento, sendo o contato com familiares fundamental para seu desenvolvimento e reinserção social. O artigo 41, inciso X, da Lei de Execução Penal, prevê esse direito. As Regras de Mandela estabelecem que o contato da presa e do preso com sua família devem ser preservados, na forma mais apropriada possível.<sup>409</sup>

O Estado deve proporcionar condições para que essas visitas sejam realizadas da melhor forma, disponibilizando locais dentro das unidades prisionais destinadas apenas às visitas. Todavia, de acordo com a pesquisa do INFOPEN 2017, a “maior parte das unidades no Brasil não possuem local adequado para realização da visita social.”<sup>410</sup>

Como fora exposto nos capítulos anteriores, a mulher é condenada duas vezes, ou seja, não só pela pena-prisão, mas pela sociedade. Significa dizer que ela é excluída e abandonada por não mais respeitar as regras e o papel que lhe foi destinado a exercer. A mulher detenta não recebe o mesmo número de visitas como o homem recebe. “A sociedade é capaz de encarar com alguma complacência a prisão de um parente homem, mas a da mulher envergonha a família inteira.”<sup>411</sup>

Drauzio Varella em seu trabalho nas penitenciárias femininas menciona que provavelmente, o motivo que leva as famílias a não visitarem as “irmãs, a filha ou a mãe no cárcere”, é pelo fato de que a prisão destas envergonhe mais do que a prisão de um filho ou pai, “já que a expectativa da sociedade é ver as mulheres “no seu lugar”, obedientes e recatadas.”<sup>412</sup>

Em relação a visita íntima, ela não está prevista na legislação, todavia, configura-se uma “tendência moderna”, uma vez que passa a empregar-la como direito do preso e não uma regalia.<sup>413</sup> Contudo, quando surgiu, o direito de visita ao preso não era destinado apenas ao homem, até porque a lei não se dirigia exclusivamente ao gênero masculino; a

---

409 CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 74

410 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: < [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) >. Acesso em 9 junho 2020. p. 18-19

411 VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das letras, 2017. p. 38

412 VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das letras, 2017. p. 270-271

413 CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 74

administração das penitenciárias entendia que esse era um direito apenas para os homens, e isso acabou por conceder o “direito ou benefício, a visita íntima”, uma forma de frear o “incontrolável impulso sexual intrinsecamente masculino.”<sup>414</sup>

Posteriormente, em 1991, o Ministério da Justiça enfatizou que fossem assegurado o direito aos presos de ambos os sexos. Entretanto, a visita íntima ainda continuou sendo ignorada nas unidades prisionais femininas.<sup>415</sup> Após vinte anos da implantação do direito a visita íntima nos presídios masculino, em 2002 as prisioneiras passaram a ter acesso também a esse direito. E esse direito só veio “graças às pressões de grupos defensores dos direitos da mulher.”<sup>416</sup>

“O exercício da sexualidade para o Sistema Prisional” nunca foi um tema importante e que ganhasse atenção, ou seja, prioridade, no que diz respeito a mulher. E isso é um problema, uma vez que a sexualidade é um direito de todos e o que se vê é uma censura a vida sexual da mulher detenta, ao contrário do homem.<sup>417</sup>

Ainda, mesmo após anos em busca do reconhecimento do direito de visita para as detentas, não havia quem quisesse visitá-las, em razão de que os homens não querem se submeter a revista íntima vexatória.<sup>418</sup>

Em todas as penitenciárias os detentos ou detentas devem fornecer nomes para o rol de visitas. Em São Paulo, a penitenciária feminina da Capital foi a primeira a conceder um local próprio para as visitas íntimas. Para isso, o companheiro da detenta deve ser casado judicialmente ou pelo menos provar união estável, através de testemunhas e filhos em comum. Quando não há como provar, não há visita.<sup>419</sup>

Todavia, Drauzio Varella relata que os homens tinham acesso a garotas de programa e, em alguns casos, arrumava outra namorada e já excluía a anterior do rol de visitas adicionando a nova com maior facilidade.<sup>420</sup>

---

414 QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 232

415 QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 232

416 VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das letras, 2017. p. 39

417 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 35-43

418 QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 233

419 QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 233

420 VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das letras, 2017. p. 39

Além de tudo isso, o menor número de visitas se dá pelo fato de haver poucas penitenciárias femininas, e isso faz com que as mulheres se concentrem em determinadas áreas, muitas destas longe de onde morram seus familiares, trazendo um custo financeiro alto devido ao transporte.<sup>421</sup>

#### 4.2.2 CELA/DORMITÓRIO PARA GESTANTES E LACTANTES

O exercício da maternidade passou a ser um fator determinante para a construção da identidade das mulheres. É por este motivo que se pode dizer que a maternidade é uma construção social, muito embora ela seja nomeada como um fenômeno natural, que “constitui a essência da mulher e subtrai-lhe, ao mesmo tempo, o papel de sujeito e a posse de seu corpo.” Esse motivo leva as mães no cárcere sofrerem mais julgamentos e preconceitos.<sup>422</sup>

É notório que as leis, bem como as estruturas de poder e os estabelecimentos prisionais foram construídos e criados por homens e para homens. O direito a maternidade foi aos poucos se infiltrando e ganhando espaço nessas legislações. Todavia, o que se pode observar é que a razão da maternidade ser tão enfática, é o fato de que “a hegemonia masculina das leis fica mais uma vez demonstrada quando os direitos cedidos às mulheres ratificam sua função reprodutora e mãe de família.”<sup>423</sup>

A legislação, ainda que preveja no artigo 89 da Lei de Execução Penal que as penitenciárias precisem ser equipadas com creche, não garante proteção específica às mulheres gestantes e com filhos.<sup>424</sup> Para o exercício pleno da maternidade é preciso se atentar a “infraestrutura prisional e a capacidade de assegurar direitos básicos”. Todavia, o relatório do INFOPEN de junho de 2017, informou que “cerca de 14,2% das unidades

---

421 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 54

422 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 57

423 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 67

424 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 36

prisionais que recebem mulheres possuem um espaço reservado para gestantes e lactantes.”.425

Nana Queiroz, em seu livro intitulado *Presos que Menstruam*, menciona que em alguns estabelecimentos prisionais femininos, na cela quem dorme na cama é quem chega primeiro ou quem possui hierarquia de poder e, em algumas situações, quando há uma mulher grávida elas cedem o lugar, pois “existe um código de caridade que faz com que as presas cedam seus lugares para que elas durmam com mais conforto.”.426

De acordo com as pesquisas de Nana Queiroz, em 2012 havia “39 unidades de saúde e 288 leitos para gestantes e lactantes privadas de liberdade” em todo o país. Na grande maioria dos presídios as mulheres já entram grávidas e ficam misturadas com o restante da população carcerária e quando chega o momento do parto, elas são, “geralmente”, levadas para o hospital. Entretanto, muitas mulheres já tiveram que parir dentro da prisão, ou porque a viatura não chegou a tempo, ou porque os “policiais se recusaram a levar a gestante ao hospital.”. Às vezes o motivo é que eles não acreditam nas dores, pensam que é drama, ou porque de fato eles não se importam.427

De acordo com o relatório do INFOPEN de junho 2017, São Paulo é o estado do Brasil que mais possui gestantes e lactantes, sendo 143 gestantes e 84 lactantes. Todavia, apenas 67 possuem celas adequadas.428

#### 4.2.3 BERÇÁRIO E/OU CENTRO DE REFERÊNCIA MATERNO-INFANTIL

O próximo passo para as detentas que dão à luz é o berçário ou a creche. Esse é um dos maiores problemas no cárcere, já que as unidades prisionais carecem de estrutura

---

425 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <  
[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) >. Acesso em 16 junho 2020. p. 21-22

426 QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 74

427 QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 74

428 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <  
[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf) >. Acesso em 16 junho 2020. p. 22

adequada para fazer cumprir as determinações da Lei de Execução Penal, como oferecer creches para que os filhos das detentas possam ficar até os sete anos de idade.<sup>429</sup>

No que se refere ao “berçário e/ou centro de referência materno-infantil”, 48 unidades prisionais femininas possuem esses espaços, com capacidade para 541 bebês. Esses locais são destinados ao contato com o bebê recém-nascido, onde ocorre a amamentação e todos os cuidados necessários a esse início de vida. Entretanto, quanto a creche, local que é apropriado a receber crianças acima de 2 anos, apenas 10 unidades prisionais as possuem, tendo capacidade para 152 crianças, o que significa que há a porcentagem de 0,66%. O Estado de São Paulo possui 5 unidades com creche, enquanto que os outros estados que possuem creche são os estados do Mato Grosso Do Sul, Paraná, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro.<sup>430</sup>

Como há poucas unidades prisionais adaptadas às crianças, elas acabam vivendo em “celas superlotadas, úmidas e malcheirosas, chegando até mesmo a dormir no chão com as mães.”<sup>431</sup> A lei permite que o filho da presa permaneça morando na prisão até os 7 anos de idade, mas apenas se houver creche ou local adequado para ela(ele). Todavia, como já foi dito, é possível perceber que mais da metade dos presídios não possui essa estrutura.<sup>432</sup>

A maternidade é um direito da mulher, uma vez que é ela quem decide se quer exercê-lo ou não. Algumas mulheres ao ganharem o bebê já o entregam aos familiares ou ao conselho tutelar. Muitas não querem que eles saibam que a mãe está presa ou se recusam a receber visitas deles, pois “acreditam que o ambiente prisional não é bom”. Entretanto, essas mulheres, mães e detentas, sofrem julgamentos em quaisquer circunstâncias.<sup>433</sup>

---

429 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 43.

430 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília: Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <[http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf)>. Acesso em 16 junho 2020. p. 23-24

431 QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 117

432 DINIZ, Debora. **Cadeia: Relatos sobre mulheres**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 38

433 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 64

Quando uma mulher decide criar seu filho dentro do ambiente prisional, logo ela “é taxada como louca e irresponsável”, considerando que o local é hostil. Ainda, quando a mulher decide que a criança não deve ficar com ela na prisão, ela é chamada de “desumana e insensível.”<sup>434</sup>

A jurisprudência já decidia em favor da prisão domiciliar para as presas com filhos recém-nascidos, bem como as gestantes, caso o estabelecimento prisional não fornecesse ambiente adequado. A Lei nº 13.257/2016, modificou o artigo 318 do Código de Processo Penal, no sentido de garantir a prisão domiciliar não só para gestantes do sétimo mês de gravidez em diante, mas de garantir também a todas as gestantes. “Foram incluídos também os incs. V e VI que asseguram esse direito também a mulher com filho até 12 anos e ao pai com filho até 12 anos de idade.”<sup>435</sup>

Essas modificações são importantes, tendo em vista que o sistema prisional não oferece infraestrutura para a execução das determinações que a Lei de Execução Penal disciplina e, além disso, porque não só os direitos das detentas são violados, mas também o da criança, mesmo não tendo ela cometido qualquer crime. Essa violação, inclusive, é antagônica ao que é pregado pelo princípio da personalidade ou intransmissibilidade da pena, disposta no artigo 5º da Constituição Federal, que assim estabelece: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado[...]”<sup>436</sup> Porém o que se vê é “quem conhece o berço no presídio já nasce sentenciado.”<sup>438</sup>

#### 4.3 QUAL A POLÍTICA NECESSÁRIA ÀS MULHERES ENCARCERADAS?

Analisando o mérito da pesquisa, perpassando uma cronologia que vem desde a construção do papel social imposto à mulher, posteriormente a história das prisões, a finalidade da pena, o estudo criminológico e o indivíduo do cárcere, bem como a posição da mulher no sistema penal, características das detentas, a população prisional, direito das detentas de acordo com a legislação nacional e internacional, e por fim, a infraestrutura

---

434 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 68

435 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 65-66

436 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 38

437 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 493

438 DINIZ, Debora. **Cadeia: Relatos sobre mulheres**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 38



das penitenciárias femininas caracterizadas pelos problemas de gênero, é possível ver que o problema não é apenas referente a “uma questão legislativa”, mas se trata de romper paradigmas.<sup>439</sup>

Estar presa é infringir uma norma de gênero. O “tornar-se mulher” diz respeito ao que a sociedade determina o que seja a figura da mulher, qual sua finalidade e seu papel social, e essa determinação não se “coaduna com a de uma criminosa.”<sup>440</sup> Desse modo, reitera-se a frase já mencionada no primeiro capítulo deste trabalho de que “as práticas nas penitenciárias femininas são marcadas pela questão de gênero”, por isso que se diz que é o gênero que determina a estrutura de um sistema prisional.<sup>441</sup>

É possível constatar que a privação da liberdade, assim como os abusos e as violações de direitos no interior das prisões, representa as inúmeras outras violências “que conformam a trajetória de uma parte da população feminina.”. As prisões femininas corroboram e colaboram para que a violência de gênero se fortifique, fazendo com que esta seja “a linguagem predominante na vida das presas e daqueles que as cercam.”<sup>442</sup> Deve ser feita a seguinte pergunta: “Qual a razão de se punir e porque punir com tanta ilicitude. Porque se pune um mal (crime) com outro mal (prisão), mal este, exercido em nome da disciplina?”<sup>443</sup>

A Carta Magna, a Lei de Execução Penal bem como, todas as determinações legislativas sejam elas de âmbito nacional ou internacional, propagam e operam em prol da igualdade, da não distinção e discriminação. Conforme menciona Celso Lafer, em seu estudo vinculado aos pensamentos de Hannah Arendt, ninguém nasce igual ou vive igual.

---

439 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 68

440 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 68

441 DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 66

442 ILGENFRITZ, Iara; SOARES, Bárbara Musumeci. **Prisioneiras**: Vida e Violência atrás das Grades. Rio de Janeiro: Garamond. 2002. p. 126

443 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 17

A igualdade é o resultado das organizações humanas, “ela é um meio de se igualar as diferenças através das instituições.”.444

Ainda conforme Celso Lafer, é através das leis que os homens se tornam iguais. A diferença é encontrada na esfera do privado, já a igualdade está na esfera pública, “é a existência desta última que permite a plena afirmação da primeira.”. Quando alguém perde o ingresso à esfera do público, isso significa que o indivíduo perdeu o acesso à igualdade, ou seja, a pessoa é privada de sua cidadania “ao ver-se limitado à esfera do privado fica *privado* de direitos, pois estes só existem em função da pluralidade dos homens.”445

É por essa razão que a igualdade tornar-se-á desigual quando as diferenças são esquecidas. Há quem diga que quando se trata de criminosos, esses devem ser tratados iguais446 No entanto, o que não é levado em consideração é que as leis são e sempre foram pensadas em homens e desenvolvidas por eles. “A pretensa igualdade da lei, entretanto, não pode suplantar as diferenças e muito menos justificar a hegemonia masculina no campo normativo. É necessário respeitar as diferenças para atingir a igualdade material.”.447

Porém, o que se enxerga é uma falta de iniciativa e atenção das políticas públicas para com os problemas de gênero no cárcere. Não há qualquer estudo ou resolução no sentido de prevenir a criminalidade feminina, bem como “política penitenciária específica para as mulheres detentas.”448 É necessário tornar visível o que as gestantes vivenciam no cárcere, da mesma maneira que “os bebês nascidos no chão das cadeias”, as visitas raras de companheiros e companheiras, como também da família. Vale lembrar que alguns desses presos ao redor do Brasil, *menstruam*.449

O problema maior na efetivação da legislação parece ser uma questão cultural ainda ligada ao ranço social de que a mulher presa não é digna de direitos. Dessa forma, a “solução” para esse problema

---

444 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: companhia das letras, 1988. p. 211

445 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: companhia das letras, 1988. p. 210-212

446 QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 74

447 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 71

448 ILGENFRITZ, Iara; SOARES, Bárbara Musumeci. **Prisioneiras**: Vida e Violência atrás das Grades. Rio de Janeiro: Garamond. 2002. p.126-127

449 QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 19

deve passar necessariamente por políticas criminais que incentivem o empoderamento feminino e visem a desconstruir o estigma que a pena privativa de liberdade traz consigo e o papel subjugado da mulher na sociedade.<sup>450</sup>

Pensar em uma só política para as detentas é impróprio, tendo em vista a vastidão de legislações criadas de forma generalizada mais pela realidade masculina do que da feminina.<sup>451</sup> A mulher precisa ser ouvida, uma vez que sua experiência dentro do cárcere deve ser considerada para a criação de políticas públicas e “para a elaboração de estratégias de intervenção em curto, médio e longo prazo.”<sup>452</sup>

É preciso ter mais acesso aos serviços de saúde, tanto à gestante, lactante e para as demais. Destaca-se, também, que haja trabalho com as famílias, por ser essencial para a reinserção social da detenta. Além disso, esse momento é importante para que aquele que ouve possa observar e fazer denúncias com as situações que seus parentes se encontram e são obrigadas a conviver. Não menos importante, é preciso garantir o direito a visita íntima.<sup>453</sup>

Como fora mencionado, as legislações voltadas ao cárcere não são executadas e nem estrutura as penitenciárias oferecem para a execução de algumas determinações. Deste modo, uma das políticas imprescindíveis para o problema de gênero é a criação de uma Vara das Execuções Criminais apenas para as mulheres. Só dessa forma seria possível pôr em prática “políticas públicas de execução penal” voltadas às especificidades das

---

450 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 71

451 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 64

452 GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; BOAS, Cristina Campolina Vilas Boas. **Mulheres na prisão**: um estudo qualitativo. Curitiba: Appris, 2017. p. 115

453 GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; BOAS, Cristina Campolina Vilas Boas. **Mulheres na prisão**: um estudo qualitativo. Curitiba: Appris, 2017. p. 115

454 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 40

detentas. Com isso, as mulheres, por serem ainda a minoria comparado ao número de detentos, não seriam negligenciadas, e se tornariam menos invisíveis.<sup>455</sup>

Além disso, reitera-se o pensamento de Baratta e Juliana Borges, já expresso no capítulo 1 e 2 deste trabalho, de que as pessoas precisam falar sobre o cárcere, de que é um problema de todos. Desse modo, é importante que a comunidade participe através de ONGs e Conselhos Penitenciários, com vistas a discussão do direito penal e do cárcere. Além disso, é indispensável usar a voz para persuadir o governo federal e os estaduais para que haja a criação de estabelecimentos prisionais femininos adequados as suas necessidades e que não sejam tão distantes, para que não inviabilize as visitas da família.<sup>456</sup>

No livro “Mulheres na Prisão: Um Estudo Qualitativo”, é mencionado a importância de se criar ouvidorias para as detentas “dentro dos Conselhos Federais e Estaduais dos Direitos da Mulher”, e, também, encorajar o poder judiciário a “efetivar a criação e atuação do conselho da comunidade, inclusive nas omissões, com comunicação periódica à Corregedoria Geral da Justiça.” O Ministério público, representado pelo promotor de justiça, tem um papel extremamente importante e deve se fazer presente, em razão de seu dever em zelar pela aplicação das leis e pela integridade das detentas e detentos, uma vez que a prisão torna os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, não mais absolutos, mas um direito relativo.<sup>457</sup>

Com a população carcerária feminina crescendo em uma velocidade frenética, estudos e trabalhos quanto à perspectiva de gênero, são e devem ser cada vez mais necessários e urgentes. A questão não é apenas sobre adaptar legislações masculinas às realidades femininas. O direito e a sociedade é quem devem se adaptar a um mundo cada vez mais feminista, um mundo em que a voz da mulher, seja ela detenta ou não, é importante e precisa ser ouvida. O direito, tendo como característica sua dinâmica, deve atender a todas as relações sociais, sejam de raça, gênero, etnia etc.<sup>458</sup>

De mais a mais, o primeiro e mais importante direito humano é o “direito a ter direito”. Isso é sobre ser cidadão, pertencer a uma “comunidade jurídica organizada”. Desse

---

455 GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; BOAS, Cristina Campolina Vilas Boas. **Mulheres na prisão**: um estudo qualitativo. Curitiba: Appris, 2017. p. 116

456 GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; BOAS, Cristina Campolina Vilas Boas. **Mulheres na prisão**: um estudo qualitativo. Curitiba: Appris, 2017. p. 116-117

457 GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; BOAS, Cristina Campolina Vilas Boas. **Mulheres na prisão**: um estudo qualitativo. Curitiba: Appris, 2017. p. 117

458 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 46-65

modo, o direito não é um benefício, direito é direito, ele deve ser exigido, ou seja, deve-se lutar por ele.<sup>459</sup> Essa luta tendo sido travada ao longo da história da humanidade, é sobre buscar ser protagonista na sociedade, é sobre ser reconhecida como “agente transformador”, e não só como objeto.<sup>460</sup>

Marias-filhas, Marias-mães, Marias-avós, Marias-João, mulheres-Marias do cárcere, aquelas a quem chamamos de reclusas, detentas, encarceradas, prisioneiras, reeducandas, infratoras, ou simplesmente as Marias que esperam que seus corpos ganhem visibilidade, que suas vozes ganhem entonação e que apontemos caminhos para que possam viver com dignidade.<sup>461</sup>

## 6 CONCLUSÃO

A escolha deste tema foi resultado de uma reflexão inquietante sobre o sistema penitenciário e a forma como todos os presos são tratados. Ainda que este assunto seja de conhecimento público, uma vez que não é novidade o caos que está instalado nos presídios e o descaso com os indivíduos que o preenchem, todavia, o que ninguém sabe ou pelo menos ignora, é que alguns presos menstruam. Consequentemente, falar sobre mulheres do cárcere é tornar visível suas dificuldades, suas necessidades e peculiaridades. O intuito foi mostrar que as mulheres também sofrem com superlotação, vivem em lugares insalubres e estão habituadas a ver as leis não sendo executadas.

O problema levantado foi sobre qual poderia ser a política necessária às mulheres do cárcere, e o que se concluiu foi que seria inadequado propor uma só política, levando em consideração as inúmeras legislações criadas, de modo que quem mais se privilegia delas é o homem, ainda que tenham sido criadas com intuito de se alcançar a isonomia, ou seja, que fossem destinadas a todas e todos.

Mostrou-se ser inviável viver nos estabelecimentos penitenciários ao redor do Brasil, posto que estas unidades não foram construídas para atender as necessidades femininas, que não se resumem apenas a maternidade, imposta a mulher como uma obrigação e uma

---

459 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: companhia das letras, 1988. p. 210-213

460 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 76

461 LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018. p. 15

característica intrínseca. Ainda que sejam o maior problema que o sistema enfrente, existem inúmeros outros problemas que as cercam.

Todavia, os temas relacionados ao problema de gênero no sistema penitenciário não se esgotam. Outro assunto que poderia ter sido abordado, mas que já fica como sugestão para outros projetos de pesquisa, é quanto a comunidade LGBTQ, pois, infelizmente, é uma comunidade que sofre muito preconceito dentro e fora do sistema carcerário, principalmente no que se refere aos transexuais.

Outro registro que foi destacado na pesquisa e que merece ser melhor explorado, é quanto a comunidade preta que é a maioria no sistema penitenciário, bem como a população carcerária jovem, que possui um número elevado de detentas, e os crimes envolvendo o tráfico de drogas, principal responsável pelo encarceramento feminino. No universo carcerário, seja no Brasil ou ao redor do mundo, existem inúmeros problemas, questionamentos e muitos temas para pesquisa que precisam ser explorados e publicados. O debate gera visibilidade, e quanto mais discussão, mais chances de mudanças e soluções.

## 7 REFERÊNCIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia:** o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANGOTTI, Bruna. **Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus:** o surgimento dos presídios femininos no Brasil. 2. ed. rev. San Miguel de Tucumán: Universidade Nacional de Tucumán, Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum JusPodivm. 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

BEAUVOIR, Simone de. **Segundo sexo:** fatos e mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. 1. v.

BEAUVOIR, Simone de. **Segundo sexo:** a experiência vivida. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. 2. v.

BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. 1. v.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Sueli Carneiro; São Paulo: Pólen, 2019.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 18 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 9. ed. rev., ampl e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução de Ricardo Pérez Benega. São Paulo: Pillares, 2015.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução de Marina Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019.

DINIZ, Debora. **Cadeia: Relatos sobre mulheres**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

DORA, Denise Dourado (Org.). **Feminino e Masculino: Igualdade e Diferença na Justiça**. Porto Alegre: Sulina, 1997.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela)** Tradução: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: < [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-P-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2020.

FEDERICI, Silva. **Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. Tradução: Coletivo Sycorax. 7. reimp. São Paulo: Elefante, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO. **INFRAESTRUTURA**: o que é, tipos, importância e problemas. Disponível em: <<https://fia.com.br/blog/infraestrutura/>>.

GONÇALVES, Betânia Diniz; COELHO, Carolina Marra Simões; BOAS, Cristina Campolina Vilas Boas. **Mulheres na prisão**: um estudo qualitativo. Curitiba: Appris, 2017.

GRUPO DE ESTUDOS E TRABALHO MULHERES ENCARCERADAS. **Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil**. São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>>.

ILGENFRITZ, Iara; SOARES, Bárbara Musumeci. **Prisioneiras**: Vida e Violência atrás das Grades. Rio de Janeiro: Garamond. 2002

KRAEMER, Heinrich; SPRENGER, James. **Malleus Maleficarum**: O martelo das bruxas. Parte I. Tradução: Alex H. S. [S.l.: s.n.]. 2007. Disponível: <<https://pt.slideshare.net/LordKianrul/malleus-maleficarum-parte-1-portugus>>.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: companhia das letras, 1988.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

LINS, Valéria Maria Cavalcanti; VASCONCELOS, Karina Nogueira (Org.). **Mães Encarceradas e Filhos abandonados**: Realidade Prisional Feminina e Estratégias de Redução do Dano da Separação. Curitiba: Juruá, 2018.

MAIA, Clarissa Nunes. (org.) *et al.* **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017. 1. v. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres**. 2. ed. Thandara Santos (org.). Marlene Inês da Rosa (colab.)... [et al]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf)>.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias. **INFOPEN Mulheres, jun. 2017**. Marcos Vinícius Moura Silva (org.). Brasília:



Ministério da Justiça; Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf)>.

OLIVEIRA, Raphael de Almeida Lôbo. **Impactos da política de drogas no encarceramento feminino**. São Paulo: Editora Biblioteca 24Horas, 2018.

OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. **As mulheres, os direitos humanos e a democracia**. [S.l.: s.n.].]. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

**PRESÍDIO FEMININO DE TUCUM É DESATIVADO APÓS REBELIÃO NO ES**. G1 Globo, Espírito Santo, 16 ago. 2011. Disponível em: <<http://glo.bo/ncsw0J>>.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.

SILVA, Amanda Daniele. **Mãe/Mulher atrás das Grades: A realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum: para todos, todes e todos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2018.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das letras, 2017.

VOEGELI, Carla Maria Petersen Herrlein. **Criminalidade & Violência no Mundo Feminino**. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 1.v.

## VOTO DE QUALIDADE DO CARF: DÚVIDAS X CRENÇAS

**JÉSSYCA VERUCY RIBEIRO BARBOSA:**

Mestranda em Direito tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, no programa de Direito que tem como linha de pesquisa: A efetividade do Direito Público e Limitações da Intervenção Estatal. Especialização em Direito tributário pelo IBET. Advogada. São Paulo.

**Resumo:** O presente artigo tem por fim apresentar a visão do direito sob o viés do Pragmatismo, mostrando sua importância e colaboração na aplicação da norma. Dessa forma, iremos abordar as principais características dessa corrente filosófica e sua conexão com as interpretações feitas na ADI 5731/DF em relação ao voto de qualidade do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Será analisado a inconstitucionalidade do artigo 25,§9º do Decreto 70235/1972 e sua finalidade, suas consequências e os argumentos contra ou a favor da sua manutenção no sistema jurídico, levantados pelas partes nessa Ação e pelo Supremo em casos análogos. Além disso, será defendido o fim do voto de qualidade prescrito em norma infraconstitucional – art.28 da Lei 13.988/2020.

**Palavras-chave:** Voto de qualidade. ADI 5731/DF. Pragmatismo. Consequencialismo. Falibilismo

**Abstract:** The purpose of this article is to present the view of law from the perspective of Pragmatism, showing its importance and collaboration in the application of law. In this way, we will address the main characteristics of this philosophical current and its connection with the legal practice in the construction of the arguments of the decision of the ministers of the Administrative Board of Tax Appeals regarding the quality vote of this appeal body. The (uncon) constitutionality of this casting vote, its purpose, its economic consequences and the arguments raised against and for its maintenance in the legal system will be analyzed.

**Keywords:** QualityVote, ADI5731/DF, Pragmatism, Consequencialism, Falibilism

**Sumário:** Introdução.1. Pragmatismo:o direito sob outra perspectiva 2.O“voto de qualidade” na semiótica de Peirce 3.O poder da lei e a finalidade do voto de qualidade no sistema jurídico 4.Argumentos pela Inconstitucionalidade na ADI 5731/DF: uma questão de método. 5.Consequencialismo e Falibilismo.6. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 13.988/2020. 7.Conclusão

### Introdução

Diante de tantas controvérsias em relação a constitucionalidade e ao desempenho do voto de qualidade do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, faz-se necessário um estudo dos argumentos que são a favor da manutenção desse instituto e os argumentos contrários a sua existência sob uma perspectiva do Pragmatismo. Viu-se a necessidade de fazer uma breve explicação sobre semiótica de Peirce para que fosse possível o entendimento do Pragmatismo. Nesse raciocínio, será abordado o processo de interpretação do Regimento Interno desse Conselho Administrativo no que se refere ao seu voto de qualidade e sua relação com o sistema jurídico.

Durante o estudo, haverá uma investigação, através do método abdutivo, entre os argumentos que levaram o ministro do Supremo Tribunal Federal a manter o voto de qualidade e os argumentos levantados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5731 que reza pela inconstitucionalidade do art. 25, § 9º do Decreto 70.235/1972. Dessa forma, será observado como essa Corte administrativa atua diante de um caso de empate numa correlação direta entre dúvida e crenças envolvidas. Diante das diversas interpretações da norma, investigaremos quais são os valores atribuídos a expressão "voto de qualidade" prevista no regimento interno desse Conselho Administrativo. Seguindo esse raciocínio, apresentaremos o método de interpretação finalista em que alguns aplicadores do direito se valeram ao tratar das consequências econômicas de suas decisões.

Por fim, defendemos a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Transação e sua validade conforme a teoria em que tem a existência da norma como sinônimo de validade, estudada pelo professor Paulo de Barros.

## **1. Pragmatismo: o direito sob outra perspectiva**

Partindo-se da noção que Pragmatismo difere de prática, é importante abordar sobre o conceito de Pragmatismo, seus idealizadores e suas principais características. Assim, o pragmatismo constitui uma corrente de pensamento filosófico, estabelecida no final do século XIX, que teve origem nos Estados Unidos com o chamado Clube Metafísico, idealizado pelo lógico Charles Sanders Peirce, pelo jurista Oliver Wendell Holmes, Jr e pelo psicólogo William James. Foi a partir desse grupo de filósofos que se formou uma nova visão e atitude em relação a realidade, e apesar de se chamar de Clube Metafísico, eles negavam a metafísica e a dogmática.

Segundo William James "o pragmatismo nada mais é do que um novo método de tratar velhas ideias. Por essa razão o Pragmatismo é substancialmente, uma atitude e não uma técnica procedimental que resulte de uma lógica de cunho estritamente racional e que enquadre os fatos em categorias universais e necessárias. O método pragmático considera que os efeitos concebíveis de natureza prática que estão envolvidos numa

determinada situação compõem o seu significado, o que implica que o investigador, diante de um problema, não se concentra apenas num método específico, mas no problema ele próprio".( REGO, George Browne, Revista DUC in Altum, Caderno de Direito, 2009, pps.21 a 57) .

Durante o século XIX, através de Pierce, Wendell Holmes e William James surgiu o pragmatismo jurídico, também conhecido como "filosofia experimental" que possui como principais características: antifundacionalismo, contextualismo, instrumentalismo, consequencialismo, interdisciplinariedade e utilitarismo. O pragmatismo encontra na prática a base para a aplicação e interpretação da norma, uma vez que é através da prática onde haverá a concretização da norma jurídica de maneira que interfira na realidade social. Em seguida analisaremos as principais características do Pragmatismo.

“Antifundacionalismo – A perspectiva antifundacionalista mostra que a verdade não se encontra em princípios e conceitos dados ou previamente construídos. Os conceitos, advindos da experiência pretérita, constituem -se em hipóteses a serem confirmadas na prática. Portanto, um pensamento aberto, sempre sujeito à verificação. Não se trata de um pensamento fechado, condicionado à subsunção do fato concreto a uma verdade anteriormente dada.

Contextualismo – Considerando que o conhecimento parte de hipóteses a serem confirmadas na prática, a força do contexto sobressai. Assim, a pressão das circunstâncias passa a melhor dimensionar do problema. E visto o Direito como prática social, o pragmatismo jurídico assume uma dimensão tópica, pois as questões de ordem prática é que nortearão a interpretação e aplicação da norma. É a partir do problema então que a busca da solução se dá. O Direito é dinâmico, voltado para questões práticas. Portanto, Direito construído antes nos Tribunais, do exclusivamente no Poder Legislativo.

Consequencialismo - Essa característica mostra que o conhecimento acompanha o dinamismo da vida. Volta-se para o futuro, na medida em que se pauta nas consequências da ação. A decisão sobre a melhor conduta, nesse aspecto, é aquela que se pauta na consideração dos efeitos de um e de outro comportamento: “Se eu agir assim, ocorrerá isso; se agir de outra maneira, os resultados serão outros”. Portanto, as consequências possíveis de serem antevistas norteiam a tomada de decisão, e assim não se tem compromisso com princípios e valores.

Interdisciplinariedade – A abertura para as várias áreas do conhecimento que melhor possam informar sobre os efeitos da ação também é um desdobramento do pragmatismo. O conhecimento especializado, de natureza científica, tem o condão de tornar previsíveis os efeitos da ação, possibilitando o seu melhor dimensionamento.

Instrumentalismo – Já que o pensamento se volta para consequências de ordem prática, o Direito, neste aspecto, assume uma postura construtiva, vez que interfere efetivamente na realidade. Trata-se de um poderoso instrumento de orientação da conduta social, conformada pelos possíveis resultados que provoca na sociedade, cujo alcance extrapola as partes em conflito. O aspecto instrumental, nesse aspecto, aponta para o viés político do Direito. O instrumentalismo, nesse aspecto, possui alcance sistêmico." (CAMARGO, 2009, pps. 367 e 368)

O Pragmatismo ao explicar a aplicação do Direito não o trata apenas como normas gerais e abstratas, mas vai além do Direito positivado, prevendo os limites e alcance de sua interpretação e aplicação. No pragmatismo, o Direito deve atender a força do contexto e aos efeitos das decisões, não apenas aplicar a norma de forma dissociada daqueles elementos. Assim, o problema (contexto) se sobressai em relação ao texto, devendo a interpretação da norma jurídica partir dos fatos. Eros Grau aborda o pragmatismo ao citar que "a Constituição e a realidade não podem se isolar uma da outra." A norma jurídica não pode negar a existência da realidade, quando isso acontece gera uma deformidade, uma ficção em que a norma jurídica prescreve um conteúdo falso.

Para o pragmatismo o conhecimento tem um caráter inclusivo e orgânico, levando em consideração o falibilismo (o conhecimento pode falhar), o consequencialismo (a previsibilidade dos efeitos das decisões), o instrumentalismo (a intervenção do intérprete no direito) e a interdisciplinariedade (a união com outras ciências). O pragmatismo evita o fundacionalismo - em que o conhecimento é estruturado através de fundamentos dogmáticos. Assim, o Pragmatismo prega o antifundacionalismo em que o conhecimento só é possível a partir das dúvidas advindas pelo método científico de investigação com o fim de alcançar uma crença (hábitos de conduta) que futuramente, poderá ser equivocada.

Para essa corrente filosófica não existe o dualismo entre "fato e valor", assim como não existe a dualidade entre "ser e dever-ser" que são usados por Kelsen no positivismo onde trabalha com verdades absolutas e certezas universais. Nesse sentido, a filosofia de Peirce nega o racionalismo cartesiano adotado por Kant, prevalecendo o Realismo sobre o

Nominalismo, uma vez que para o filósofo não existe razão pura e inata, transcendental, como fonte do conhecimento. Na busca por entender o que seria possível para fundamentar o conhecimento, Peirce rejeitou que qualquer fator psicológico interferisse na Lógica da fenomenologia. Então, identificou como premissa um realismo ontológico em que as crenças partissem de objetos cognoscíveis pautados de sentido e sintaxe estruturados em conceitos prescritos, pois as formas já estavam contidas nos objetos (símbolos). Como explicado por Ivo Ibri (Apud Marcelo Sena Madureira, 2018, p. 220):

“Essa relação entre ideal e material será evidenciada como a busca por uma simetria genética entre sujeito e objeto, que se apresenta, na filosofia peirciana, desde a fenomenologia pela indiferenciação categorial entre mundos exterior e interior da experiência. Esta simetria genética permite que a conaturalidade substancial entre representação e objeto não necessite de uma subjetividade constituidora”.

Em que pese Peirce unir mente e objeto, a mente antecede o objeto, pois ela possui competência através da abdução, de fazer inferências lógicas, ou seja, criar hipóteses e testá-las na experiência com o fim de se chegar numa crença aceitável até então. As crenças não seriam imutáveis, uma vez que o objeto de estudo se transforma conforme se dá o processo de investigação, surgindo novos elementos que modificam a antiga crença. Dessa forma, o Pragmatismo rejeita qualquer certeza ou verdade universal, pois o conhecimento é falível, contínuo e autorregulatório.

Nos próximos capítulos, essas características citadas pela filosofia peirciana serão melhor esmiuçadas correlacionando-as com a incidência, aplicação e os efeitos do “voto de qualidade do Carf”.

## **2. O voto de qualidade na semiótica de Peirce**

Antes de relacionar o voto de qualidade com a semiótica estabelecidas pela filosofia peirciana, iremos analisar a relação entre o signo, objeto e interpretante naquilo que Peirce, ao tratar da lógica da linguagem chamou de doutrina quase-necessária dos signos. A doutrinadora Clarice aborda essa semiótica ao explicar onde se localizam: a realidade, a lei, e a subsunção no processo semiótico da fenomenologia da incidência da norma:

“Quando a realidade for objeto de alguma percepção, esta percepção terá que se valer de algum suporte físico para se revelar. Este será o signo eleito para representá-la. Eleito o signo, este veiculará, necessariamente, informações relativas ao seu código e à sua sintaxe. Esta representação da realidade, seja em signos verbais ou não

verbais, é que denomino, observando Jakobson, fato semiótico, o qual está na condição de fato social para efeitos de uma incidência jurídica". ( ARAUJO,Clarice,2005, p.59)

Dessa maneira, a realidade, seria o empate no Conselho Administrativo que é o objeto, a percepção, é representada por um suporte físico, no caso o enunciado de lei, ou seja, o artigo 25, § 9º do Decreto 70.235/1972, mais precisamente o "voto de qualidade", que é o signo no sentido sintático. Já o fato semiótico, seria a subsunção feita pelo interpretante.

O mundo jurídico não retrata a realidade social em sua íntegra, pois as leis são signos que apenas representam parte dessa realidade. Para o professor Paulo de Barros, o real é resultado de uma construção de sentido que é atribuída pelo intérprete, assim a realidade só existe para o mundo jurídico se for convertida em linguagem competente. Nesse raciocínio, o emérito professor ao retratar a fenomenologia das significações dos signos cita como Peirce estudava o conhecimento da realidade:

" [...] a Semiótica peirciana trabalha com a distinção entre dois tipos de objetos: ( i) imediato;e (ii) dinâmico( real ou mediato).Imediato é o objeto representado *no* signo( que pode assumir a forma de símbolo, ícone ou índice) e dinâmico é o objeto representado *pelo* signo.[...] a relação que se estabelece entre o objeto imediato e o objeto dinâmico é denominada de assintótica, pois eles nunca se encontram e nunca coincidem".( CARVALHO,2019, pps.553 e 554).

Os objetos imediatos são os signos, ou seja, são os fatos jurídicos, já os objetos dinâmicos são os fatos sociais, os eventos, sendo esses últimos intangíveis. Nesse viés, o professor diferenciou os fatos jurídicos como aqueles vertidos em linguagem e os eventos como sendo os acontecimentos da realidade que ainda não foram convertidos em linguagem, pois são apenas objetos de estudo para a Ciência do Direito.

Diante do que foi visto, podemos considerar que no caso de empate no Carf deve ser aplicado o voto de qualidade, assim, essa previsão é um fato jurídico, ou seja, objeto imediato porque foi juridicizado ao ser prescrito no enunciado do artigo 25,§9º do Decreto 70.235/1972.Esse dispositivo representa em parte o objeto dinâmico, qual seja, a realidade do empate naquele Conselho Administrativo.

O questionamento que se faz aqui, é se esse enunciado normativo seria um ícone ou um símbolo. Antes disso, faz-se necessário entender o que são essas categorias da semiótica (símbolo, ícone e índice) para conhecer em qual delas se encaixaria o "o voto de qualidade" do Carf. Nesse sentido, iremos buscar na doutrina da professora Clarice como se dá a relação icônica entre o signo e o objeto no Direito:

"[...] uma relação icônica é uma possibilidade de representação do objeto pelo signo, mediante uma associação por similaridade, por um interpretante efetivo, se e quando esta inferência for realizada. Isso precisamente é o que ocorre com uma subsunção jurídica, ao se verificar que a um caso concreto pode ser aplicada uma determinada norma".( ARAÚJO, 2005, p.60).

No processo de subsunção, o interpretante irá observar se diante de uma determinada realidade(objeto) qual norma jurídica (signo) irá representá-la, ocorrendo, assim, a subsunção do fato à norma. Essa representação da relação icônica é parcial. Isso não ocorre no caso do art. 25,§9º desse Decreto, uma vez que o voto de qualidade no Carf é tratado como uma escolha política revestida de linguagem técnica em que desconsidera totalmente a realidade, não podendo ser tratada como ícone. Na relação entre os signos e o interpretante, Peirce estabelecia que um representava o outro, e essa representação não se confundia com sua reprodução, podendo ser totalmente contrária àquilo que era representado. Isso é o que seria chamado pelo filósofo de símbolo e pode ser explicado por Emílio Soares Ribeiro:

"Diferentemente do ícone e do índice, o símbolo é um signo que estabelece uma relação com seu objeto por meio de uma mediação, ou seja, as ideias presentes no símbolo e em seu objeto se relacionam a ponto de fazer com que o símbolo seja interpretado como se referindo àquele objeto, isto é, fazendo com que o símbolo represente algo que é diferente dele".(RIBEIRO, 2010, p.51)

Acreditamos que o voto de qualidade por destoar completamente da realidade seja uma ficção jurídica porque o conteúdo da norma difere do mundo real. E por essa razão se encaixaria como símbolo na semiótica peirciana pelos seguintes motivos listados a seguir: 1)na prática em caso de empate no Carf, o Presidente já tendo emitido seu voto, passa a votar novamente, ou seja, vota duas vezes com o mesmo entendimento violando a isonomia entre as partes;2)em caso de empate o desempate de forma efetiva só poderia ser realizado por quem não votou;3) o legislador escolheu o Presidente do Carf para votar duas vezes no mesmo caso porque entendeu que essa seria a única forma possível, sendo chamada de técnica legislativa. Podemos confirmar esses motivos com o professor Cristiano Carvalho que conceitua ficção jurídica como sendo uma técnica jurídica com função prática, assim nas palavras do professor:"[...] as ficções denotavam uma construção jurídica normativa da qual se assume o conhecimento da completa falsidade do conteúdo da norma. Esse conteúdo, contudo, era prescrito por lei e irrefutável".(CARVALHO,2008,p.215).

Entretanto, não existe uma separação necessária entre símbolo, índice e ícone, uma vez que eles se 'entrelaçam' prevalecendo um sobre o outro. Ou seja, ao mesmo tempo



em que o signo representa(símbolo) o objeto também faz referência a um índice, pois sozinho o símbolo é um vazio que não tem capacidade por si só de representação. Dessa forma, explica Emílio Soares Ribeiro: “Para Santaella e Nöth (1999, p. 65), sem o ícone, o símbolo nada significaria e, sem o índice, perderia seu poder de referência. Assim, o símbolo contém dentro de si elementos de iconicidade e elementos de indicialidade”.(RIBEIRO,2010,p. 51).

### **3.O poder da lei e a finalidade do voto de qualidade no sistema jurídico**

Nesse tópico, vamos refletir sobre a coercibilidade da lei e sua finalidade no mundo jurídico. Como se dará a incidência da norma e sua aplicação no sistema jurídico sob a perspectiva do pragmatismo. Assim, será observado o processo de positivação e aplicação do voto de qualidade elencados na ADI 5731/DF. Com isso, iremos analisar as interpretações feitas nessa ADI em relação ao voto de qualidade no Carf, enfatizar a importância da real vontade do legislador, como interpretante emocional, e a compreensão da norma pelo aplicador do direito como interpretante energético.

Na juridicização dos fatos temos três etapas inerentes ao processo de positivação da norma, quais sejam: 1) Incidência ;2) Interpretação e 3) Aplicação. Dessa maneira, será analisado a importância da representação do objeto pelo signo e seu reflexo na incidência, interpretação e aplicação da norma. E de forma inevitável, estudaremos esses elementos utilizando a semiótica de Peirce em que estrutura os atos de fala substituindo a estrutura comunicacional (emissor – enunciado – intérprete) pela relação entre objeto, signo e interpretante, respectivamente. A professora Clarice, com grande maestria, faz uma intersecção entre Peirce e Pontes de Miranda em relação a incidência e aplicação da norma, enfatizando os pontos convergentes e divergentes apresentados a seguir. Nos dizeres da professora:

“Quando se trata do processo de positivação normativa, sempre haverá a necessidade de adequação do signo ao objeto. Trata-se de definir uma relação de representação, o que invariavelmente implicará em interpretações e em recortes da realidade social e dos textos legais. Trata-se da relação de adequação entre o enunciado de uma norma legal e um fato social. Enquanto à incidência define-se como um processo meramente mecânico, a aplicação não pode envolver apenas aspectos lógicos, na medida em que o seu desenvolvimento envolve inteligência e evolução”.(ARAÚJO,2011, p. 139)

Ao estudar sobre a incidência da norma jurídica e a relação de representação do objeto pelo signo, Pontes de Miranda tratou dessa representação de forma matemática,

aproximando-se da semiótica peirciana que citava o objeto dinâmico (realidade) e o objeto imediato (fato jurídico) já abordados no capítulo anterior. A teoria ponteana retratou a deformação que a regra jurídica, pela visão do legislador, realizava ao representar a realidade e seu impacto na aplicação do direito. Em relação a incidência, o jurista empregou uma nomenclatura (fato jurídico, regra jurídica e suporte fático) diferente da utilizada por Peirce (interpretante, signo e objeto), mas ambas eram correspondentes entre si. É relevante transcrever a explicação sobre incidência:

“Na morfogênese jurídica, desencadeada pela incidência da regra de Direito, a deformação a que o jurista se refere é a regra jurídica, ela é o prisma através do qual se olha para o suporte fático. Esta morfogênese constitui um verdadeiro processo de adjetivação do suporte fático pela regra do direito. As propriedades dos conceitos integrantes das proposições prescritivas selecionam do suporte fático aquilo que entrará para o mundo jurídico e passará a integrá-lo, após a incidência, na condição de fato jurídico. Ou seja, o fato jurídico revela-se e é gerado a partir de uma face ou aspecto do poliedro que é o fato social. O fato jurídico, produto da incidência, na condição de aspecto ou face eleito, é similar ao tipo descrito pela hipótese contida na regra jurídica. As qualidades do fato social provocam uma inferência por similaridade na mente do intérprete. A face do poliedro, fato social e objeto, que se faz representar pela incidência, lança para o interior da ordem jurídica, na condição de fato jurídico, o seu interpretante”. (ARAÚJO, 2011, pps.112 e 113)

Entretanto, há uma divergência entre Pontes de Miranda e Peirce, quando o primeiro afirma que a incidência é infalível, tratando o ordenamento jurídico como um sistema fechado e inalterável, o que não corresponde a ordem do direito positivo nem ao pragmatismo de Peirce. Uma vez que o direito positivo é dinâmico e aberto, pois evolui conforme as mudanças sociais, ou seja, é contínuo. Além disso, toda forma de representação da realidade seria incompleta, e a verdade, em que pese ser possível, acontecia de forma acidental como afirmava o célebre filósofo: “Toda proposição geral está limitada a um número finito de ocasiões nas quais pode ser falsificada, supondo que seja uma asserção confinada à experiência possível de seres humanos; e, conseqüentemente, embora possa acontecer que seja verdadeira em todos os casos, mesmo assim permanece acidental a sua verdade”. (ARAÚJO, 2011, p. 118)

Na incidência da lei, o legislador ao prescrever a norma, como interpretante emocional, escolhe os valores políticos que irão direcionar sua vontade, demarcando assim a finalidade que deseja alcançar. Diante do exposto até aqui, iremos empregar esse estudo na análise do “voto de qualidade”, buscando identificar quais foram as vontades do

legislador na positivação da lei, demonstrando quais são os interpretantes presentes no dispositivo que prevê o voto de qualidade. Com isso, analisaremos as interpretações do art. 25,§9º do Decreto 70.235/1972 feitas pelas partes na ADI n. 5731/DF.

Nesse ponto, faz-se necessário compreender que o poder da lei reside na sua coerção estatal, sendo resultado inerente da sua coercibilidade o interpretante energético. Este ocorre quando os destinatários da norma desenvolvem um esforço mental na compreensão e interpretação dos signos, obedecendo-as ou não. Nesse sentido, explica a doutrinadora Clarice :

“Todas as respostas e reações dos destinatários envolverão interpretantes energéticos. As reações dos destinatários, no que diz respeito à obediência ou desobediência aos comandos vinculados por normas jurídicas são interpretantes energéticos. A própria incidência das normas, ocorrendo em esfera particular, negocial (elaboração de contratos particulares), administrativa (ações realizadas pela Administração Pública ao dar cumprimento às leis) ou judicial (as medidas que impulsionamos processos, sejam elas executadas pelos advogados, funcionários dos cartórios ou pelos próprios juízes) envolve a manifestação do interpretante energético das normas jurídicas”.(ARAÚJO,2005,p.97)

No processo de positivação da norma, como já abordado, ocorrem deformidades na representação do objeto. Dessa forma, sobre a mesma realidade incidem duas interpretações, muitas vezes contraditórias, sendo uma do legislador ao prescrever a lei e outra do julgador ao aplicar a norma. Com isso, o fato jurídico esta suscetível as deformidades ocasionadas pela subsunção do fato à norma durante sua aplicação. Nesses termos, a doutrinadora Clarice:

“ Mesmo o Direito Positivo apresenta seu aspecto falível. Muitas vezes há contradição entre a previsão e a utilização dos critérios sintáticos prescritos para a produção normativa. Quando ocorre um questionamento concreto da legalidade das relações jurídicas assim estabelecidas, decisões judiciais frequentemente são proferidas em prestígio aos valores políticos, fazendo com que a imperatividade de uma ou várias normas ocorra segundo um critério semântico/pragmático, cuja sintaxe não corresponda à previsão genérica da ordem jurídica”.( ARAUJO, Clarice, 2005, p.16)

Retiramos trechos da ADI 5731/DF que confirmam as incoerências do sistema geradas pelas interpretações na aplicação das normas e a importância em identificar a

legítima vontade do legislador. Na tradução do texto há um abismo entre o que o legislador previu na lei e o que o julgador compreendeu na aplicação da norma, uma vez que esta como conteúdo da lei implica na significação construída pelo seu interpretante:

“ Lucas Catib Laurentiis pondera que conferir à Suprema Corte o poder de alterar todo sentido idealizado inicialmente pelo legislador ordinário na elaboração das normas infraconstitucionais acabaria por extinguir o próprio controle de constitucionalidade.[...] ao realizar operações interpretativas que, tal qual a interpretação conforme a Constituição, contêm um potencial transformador do sentido normativo dos textos legislativos, o Tribunal Constitucional não pode se desvincular da vontade, subjetiva ou objetiva, expressada pelo legislador, mesmo que esta vontade seja inequivocamente inconstitucional. Assim, quando for constatada a desconformidade entre a vontade do legislador e a Constituição, não haverá outro caminho que não o da declaração de inconstitucionalidade do texto questionado. Afinal, não é dado às Cortes Constitucionais ignorar os desígnios do legislador democrático, convertendo inconstitucionalidades inequívocas em constitucionalidades frágeis”.(ADI 5731/DF,2018)

Ademais, podemos observar que o legislador prescreveu uma técnica procedimental com a finalidade de desempatar e resolver o litígio. Assim, como tal conduta foi convertida em linguagem competente interligada pelo modal deôntico obrigatório, pois o Presidente do Conselho é obrigado a votar duas vezes em caso de empate, então ela passou a existir para o sistema jurídico mesmo que a sua inconstitucionalidade viesse a ser declarada em decisão a posteriori. Por esse ângulo, vamos observar que o legislador ao valorar as condutas dos destinatários através dos modais deônticos (permitido, proibido ou obrigatório) fez escolhas pelas quais já indicam a significação contida na norma. Assim, em relação a fenomenologia da incidência é relevante a transcrição do trecho em que fala dos aspectos valorativos não como denotação dos adjetivos da linguagem, mas sim como escolhas do legislador (interpretante emocional):

“ MORRIS(1964,p.33) adverte que autores conhecidos por suas empreitadas na construção de teorias semióticas, como PEIRCE e CARNAP não tratam dos aspectos estimativos, valorativos (appraisive) da linguagem ou dos signos. Os aspectos valorativos e prescritivos da linguagem não se referem a propriedades naturais dos objetos que esta linguagem representa, mas denotam juízos preferenciais, escolhas. Neste aspecto a linguagem não denota a

valoração; não se trata de designação, mas de significação”.  
(ARAÚJO,2018,p.105)

Por fim, entendemos que ao identificar a vontade do legislador, estamos automaticamente encontrando a sua finalidade em fazer tais escolhas e, com isso, a significação da norma.

#### **4.Argumentações pela Inconstitucionalidade do voto de qualidade na ADI 5731/DF: uma questão de método**

Neste capítulo será abordado como ocorreu o processo de construção da decisão jurídica sobre o voto de qualidade, analisando quais foram os argumentos levantados pelas partes na ADI 5731/DF e a forma de decidir do STF em casos análogos. Estudaremos os pontos convergentes e divergentes entre a teoria da argumentação de MacCormick e a usada pelo pragmatismo de Peirce. Dessa forma, criticaremos o método a priori predominante no tradicional silogismo dedutivo que, segundo Peirce, esconde os reais motivos pelos quais levaram o juiz a chegar a uma determinada conclusão. Para isso, nos valeremos da utilização do método abduutivo. Através desse método poderemos identificar quais foram os fatos jurídicos gerados pelas subsunções e as incoerências nas motivações do Carf diante das suas dúvidas e crenças. No decorrer deste capítulo iremos perceber que prevalece o método da tenacidade e o método da autoridade nas decisões envolvendo o voto de qualidade.

Antes de aprofundarmos sobre o tema, devemos ter em mente que estamos diante de três situações irracionais de rejeitar a dúvida , as quais são: 1) quando o legislador estabeleceu uma ficção jurídica do voto de qualidade para promover o desempate no Carf prevista no art. 25, §9º do Decreto-lei 10.235/1972 ; 2)quando o presidente do Carf votou na segunda vez, prevalecendo seu entendimento, chamado voto de qualidade; e 3)quando os ministros do Supremo votaram em casos análogos pela manutenção do voto de qualidade. Assim, fica visível que há uma sucessão de equívocos que ocorrem tanto na previsão da lei quanto na aplicação da norma. Percebemos que na ânsia de solucionar litígios de forma prática, tanto o legislador quanto o julgador do Carf e alguns ministros do Supremo tentaram sustentar suas crenças sem analisar o “voto duplo” dentro do ordenamento jurídico e as reais premissas que os levaram a tais conclusões, praticando o que Peirce chamou de “ Raciocínio Fingido.”

Tanto a Procuradoria da República em seu parecer na ADI 5731/DF quanto na petição dessa Ação proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados, ao expor seus argumentos pela (in)constitucionalidade formal, se restringiram na análise do processo legislativo na criação do voto de qualidade no Carf que se deu através da MP 449/2008, convertendo-se na lei ordinária 11.941/2009.Porém, é necessário atentar para o

contexto que originou essa ADI, pois é através dele que entendemos as causas do problema. Assim, em que pese o Carf e a previsão do seu voto duplo terem surgidos em 2009, o aumento das demandas judiciais questionando a constitucionalidade desse voto se acentuaram anos depois ao surgimento dessa lei. Podemos perceber que sua finalidade gira em torno de tentar afastar a parcialidade dos julgadores do Carf e afastar uma analogia com o tratamento dado na Ação Penal n. 470 do STF, como observa na pesquisa de Marco Favini:

“[...] a questão do voto de qualidade dos tribunais administrativos, especialmente no CARF, ganhou maior relevância **em meados do ano de 2014, após o julgamento da Ação Penal nº 470 pelo STF**, o que já demonstra seu caráter atual e inovador. Nesse sentido, a **questão da relevância prática, dá-se pelas inúmeras medidas judiciais que vêm sendo propostas** com o intuito de discutir a validade do voto de qualidade e, por consequência, a manutenção das exigências fiscais no CARF em desfavor dos contribuintes em razão do voto de qualidade, o qual, **aparentemente**, passou a ser mais exigido após a operação Zelotes em meados de 2015 e a instituição do bônus de eficiência em 2017.”(FAVINI,2017,p.4)

Com esse trecho fica evidente o contextualismo defendido pelo pragmatismo, pois conhecendo as circunstâncias em que surgiram o problema, podemos saber na prática como deve ser aplicada a norma. É relevante mostrar aqui a semelhança entre Peirce e MacCormick, pois ambos rejeitam o método a priori, baseado em dogmas e defendem que a decisão jurídica para ser coerente deve ser fundamentada dentro de um contexto, tratando, assim, sobre o contextualismo. Nestes termos, vale a transcrição:

“O contexto jurídico é um contexto em que a ideia de coerência tem uma importância peculiar e óbvia. Em uma discussão jurídica ninguém começa a partir de uma folha em branco e tenta alcançar uma conclusão razoável a priori. A solução oferecida precisa fundar-se ela mesma em alguma proposição que possa ser apresentada ao menos com alguma credibilidade como uma proposição jurídica, e essa proposição deve mostrar coerência de alguma forma em relação a outras proposições que possamos tirar das leis estabelecidas pelo Estado. Aqueles que produzem argumentos e decisões jurídicas não abordam os problemas da decisão e da justificação no vácuo, mas, em vez disso, o fazem no contexto de uma pletera de materiais que servem para guiar e justificar decisões, e para restringir o espectro dentro do qual as decisões dos agentes públicos.”(MARTINS,2011,p.218)

Ademais, Peirce ao criticar o método dedutivo, se questiona o porquê esse método ainda continua sendo tão utilizado pelos tribunais, então chega na conclusão que isso se dá por razões de conveniência e inconsciência. A conveniência se dá de forma corriqueira nos tribunais, por ser a maneira mais fácil de decidir, ou seja, é mais prático para um juiz sustentar sua decisão através de diversas justificativas do que começar a decidir a partir de hipóteses geradas pelo problema. É conveniente, também, porque o magistrado não deixará de forma expressa na sentença seus reais motivos (ideológicos, econômicos e culturais). Dessa forma, ele prefere se valer do método a priori, da autoridade, que do método científico defendido na filosofia peirciana. Já em relação a inconsciência do magistrado, refere-se às suas convicções, ou seja, ele estabelece uma verdade em sua mente baseada em uma crença sem possuir nenhuma prova. Assim, age pelo método da tenacidade. Confirmamos isso, no parecer da PGR na ADI5731/DF que em seus argumentos transcreveu o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, no caso em que se questionava o voto de qualidade no Supremo. O que fica explícito o método da autoridade e da tenacidade, típicos do silogismo-dedutivo criticado por Peirce.

“Passou-se, então, a ver **a necessidade de uma solução**. É diferente do que se faz em várias Cortes no mundo? Vamos encontrar soluções as mais diversas. Há sistemas que consagram que, em caso de empate – e há modelos específicos, inclusive, pela **conformação do Tribunal** – mantém-se o ato impugnado, seja ele um ato judicial ou um ato legislativo.[...] Inconstitucionalidade por quê? **Não há aqui nenhuma inconstitucionalidade no critério, questões de conveniência quanto ao processo decisório, questões ligadas a uma cultura do processo decisório**. O que não se quer é que subsista o empate; pelo menos, que se atribua efeito ao empate, como nós fizemos e, rotineiramente, hoje, aplicamos em matéria criminal de habeas corpus”.(Parecer PGR,ADI5731/DF)

O legislador ao escolher essa regra (voto duplo), violou vários princípios fundamentais, dentre eles o princípio da igualdade, do devido processo legal, da razoabilidade. Dessa forma, o aplicador não interpretou a norma de forma sistemática, ou seja, não observou o ordenamento jurídico, dando prevalência a uma regra perante o princípio da igualdade que é um ideal máximo do Estado Democrático de Direito. Esse abuso antidemocrático foi rechaçado no voto do Ministro Carlos Britto quando a Suprema Corte analisava o voto de qualidade do CADE, e de forma análoga ao caso em tela, foi transcrito nos autos da ADI 5731/DF através a argumentação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados:

“O que me parece subjazer, do ponto de vista da tecnicidade, a essa nossa discussão, ainda no plano do prequestionamento? Por que se falou de República? **Porque a República é constituída não de súditos, mas de cidadãos, regidos todos pelo princípio da igualdade.** Quando se vê a **Constituição num plano sistemático** – e já dizia Juarez Freitas, eminente administrativista e teórico do direito do Rio Grande do Sul: **ou a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação** –, quando se passa em revista o sistema de comandos da Constituição, avulta esse princípio da República desde o art. 5º da Constituição, cuja voz de comando inicial é essa:

**“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,...”**

Igualdade, aliás, que já estava no preâmbulo da Constituição, como efetivamente está, e volta a ser mencionada na cabeça do art. 5º. **O único valor jurídico que é duas vezes mencionado na cabeça do art. 5º é o da igualdade**, que é da mais entranhada essência da República. Por que ele **falou de estado democrático de direito? Porque a Constituição, desde o art. 14, consagrou o princípio: um homem, um voto.** [...] Quem decide é a maioria. Os órgãos públicos podem decidir ignorando o princípio da majoritariedade? Esse princípio é mais do que nudular, medular da democracia. Pode um dirigente de uma autarquia votar duas vezes? “(ADI5731/DF)

Nesse voto, percebemos obediência aos requisitos elencados no “roteiro” da argumentação (universalidade, coerência e consequência) defendido por MacCormick em que enfatizou a necessidade da lei ser interpretada de forma integrada ao seu ordenamento jurídico, num sentido de completude sem violar nenhum princípio, pois este último impõe limites nas decisões judiciais.

“Há, pois, uma complementaridade/tensão entre a comunidade de princípios e o ideal de integridade que se quer desenvolver. Os princípios acolhidos pela comunidade devem transparecer nas decisões políticas e jurídicas que afetam essa comunidade, de modo que lhe assegurem legitimidade. O ideal de integridade, por sua vez, na medida em que se baseia em uma relação de igualdade e mútua consideração entre os membros da comunidade, constitui um limite para a construção das decisões da comunidade. [...] Com efeito, vê-se na teoria de MacCormick uma cooriginalidade entre coerência e princípio. Essa regra geral, extraída da coerência que enxergamos em



um ordenamento, é o que MacCormick chama de princípio. Identificar os princípios do ordenamento jurídico impõe-nos o dever de investigar as normas gerais que se podem extrair do conjunto de regras isoladamente consideradas, dentro de cada uma das áreas do direito dotadas, por sua vez, de uma coerência própria". (MARTINS,2011,p.219)

Por fim, iremos analisar como se dá a rejeição da dúvida na construção das decisões pelos ministros do STF, comparando o método dedutivo de MacCormick com o método abduutivo adotado por Peirce. Depois estudaremos em que consiste os votos dos julgadores do Carf. Para isso, observaremos a construção da decisão que integra o empate nos referindo ao voto de mérito, e a decisão do presidente do Carf que consiste num voto de desempate. Com isso, abordaremos em qual método se encaixa o raciocínio utilizado pelo professor Pedro Lunardelli ao enfatizar que o problema do voto de qualidade no Carf se relacionava a uma questão de subsunção.

MacCormick se aproximou das ideias pragmaticistas ao entender que o Direito se relacionava não apenas com normas jurídicas, mas também, com outras disciplinas como a Economia e a Política, convergindo com a intertextualidade do pragmatismo. Ele se intitulava pós-positivista, e assim como Peirce, negava a neutralidade do Direito, havendo uma reciprocidade entre a moral e o direito. Isso é notório em seus estudos no qual acreditava que uma decisão só poderia ser coerente com o ordenamento jurídico se não fosse contraditória e respeitasse os princípios que fazem parte do Estado Democrático de Direito. Além disso, ambos defendiam que a argumentação jurídica nascia no contexto da decisão e que um argumento só seria válido se pudesse ser racionalmente comprovado. Porém, ambos se divergiam quanto a utilização do método de argumentação. Enquanto Peirce defendia com vigor a importância do método abduutivo, MacCormick preocupou-se em criar um "roteiro" da argumentação no qual se pudesse, através de um raciocínio lógico e dedutivo, escolher a interpretação mais adequada ao caso. A esse teste de adequação, ele se referia a subsunção da norma, criando, assim, um "roteiro" que deveria obedecer a três requisitos: universalidade, consequências e coerência.

Agora, vamos entender em que consiste o método abduutivo propagado por Peirce. Ele afirmava ser este o único meio racional de se afastar a dúvida, pois só assim se conheciam as reais razões que levaram o juiz a tal conclusão. A crítica de Peirce se resumia ao fato de que no método dedutivo, primeiro o julgador decidia e depois fundamentava sua sentença com dogmas ou presunções que "mascaravam" seus preconceitos e o contexto que o levaram a tomar a decisão. Para o filósofo, o juízo de valor que não era visível na decisão, no método dedutivo, já poderia ser considerado uma inferência lógica no método abduutivo. Ou seja, na abdução o juiz partia da criação de hipóteses diante de

um problema para se alcançar a solução (resultado). Assim, primeiro era analisado em qual contexto se situava o caso concreto (premissa menor), chamado de contexto da descoberta, e através desse contexto e dos seus juízos de valor o magistrado aplicaria ou não a norma prevista na lei (premissa maior). Dado a explicação sobre os métodos, iremos analisar o voto dos ministros do Supremo utilizados nas argumentações no parecer da PGR na ADI5731/DF.

Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes, ao ser questionado sobre a constitucionalidade do voto de qualidade no Supremo, defendeu a manutenção do voto duplo nos colegiados por entender ser um critério político utilizados por tribunais em diversos países. Segue o trecho:

“Vejam o reflexo que isso tem. E **quero me abstrair do caso concreto. Estou a falar da repercussão do caso em tese. Nós temos bons argumentos. Precisamos decidir.** Daqui a pouco, par ou ímpar, jogar dado, qualquer coisa, jogar uma água, chamar um mago, sei lá, qualquer coisa engraçada, mais inspirada. Mas, dizer que o critério do voto de qualidade é inconstitucional! O que é inconstitucional? Não se está dando voto para o Presidente declarar a inconstitucionalidade de lei! Não é disso que se cuida! **É apenas um critério, tanto é que duas Cortes do maior relevo – a Corte Internacional de Haia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – adotam esse critério do voto de qualidade!** Agora, é inconstitucional! **É uma inconstitucionalidade espiritual**”.(Parecer da PGR, ADI 5731/DF)

Diante do voto acima, percebe-se que o Ministro preferiu se valer do método dedutivo, aplicando a regra do critério do voto de qualidade prevista no regimento interno do Supremo de forma automática, através da subsunção da lei, sem se questionar o contexto em que ocorreu o caso concreto e fazer qualquer juízo de valor sobre o uso desse critério. O Ministro se valeu de sua autoridade para defender o contexto da justificação como uma forma de sustentar suas crenças. E foi justamente esse comportamento dos Tribunais que o método abduutivo condenava, assim são as palavras da doutrinadora Flavianne ao citar Kaufman: “a subsunção fora usada pelos juízes como subterfúgio para não expor o verdadeiro motivo – valorações e convicções políticas – no acórdão”. (BITERN COURT, 2013, p.110)

Além disso, vale ressaltar que esse voto por valorizar o contexto da justificação, ao abstrair o caso concreto, e comparar o voto de qualidade da Suprema Corte com o voto de minerva na Corte Internacional de Haia e na Corte Interamericana de Direitos Humanos se aproximou do “roteiro” da argumentação, criado por MacCormick, pautada no método dedutivo em que na busca da melhor argumentação deveria ser aplicada uma ideia

universal para todos os casos semelhantes, chamado de universalidade. Assim, explicou o filósofo:

“ A ideia de universalidade, ou melhor, a universalizabilidade, como capacidade de um argumento ser igualmente aplicado a todos, é tema nuclear na teoria de MacCormick. Percorrendo sua obra, vê-se que essa ideia, na medida em que está ligada ao ideal de igualdade, se espalha sobre os demais conceitos desenvolvidos – especialmente o de coerência. MacCormick reconhece que em cada situação pode haver exceções. Essas exceções, contudo, não devem ser vistas como generalizações, mas como uma universalidade excepcionável. Assim, em um conjunto de situações semelhantes, sempre que aparecerem circunstâncias excepcionais, elas devem ser inseridas dentro de um sistema de justificação composto de proposições universais, tornando-se, pois, exceções universais”.(MARTINS, ROESLER, JESUS, 2011, p.213)

É perigoso, e até mesmo desproporcional, seguir esse pensamento, uma vez que ao igualar o tratamento do voto de qualidade em todos os tribunais, automaticamente, o julgador está desconsiderando as particularidades de cada um, por exemplo, como: o número de integrantes em cada tribunal, os juízes que o constituem e a realidade do cotidiano de cada órgão.

Dando continuidade ao nosso propósito, partiremos para o estudo do voto de qualidade dos julgadores do Carf feito pelo professor Pedro Lunardelli. Assim, tentaremos compreender se sua análise se referia mesmo a uma ausência de subsunção entre o fato jurídico e a norma, ou se na verdade, tudo não passava de uma questão do método utilizado.

Ao analisar como era a sistemática do voto de qualidade no Carf, o professor percebeu que estávamos diante de dois fatos jurídicos, quais sejam: o voto de mérito de cada julgador na formação do empate e o voto de qualidade do presidente do tribunal administrativo como maneira de desempate. Lunardelli, seguindo o raciocínio do professor Lourival Vilanova, entendeu que o voto de mérito e o voto de qualidade se referiam a atos processuais distintos. Sendo que o primeiro voto se referia a um fato jurídico tributário por questionar a matéria tributária discutida no caso concreto, e o segundo voto se referia a um fato jurídico processual por corresponder aos artigos: 25, §9º do Decreto 70.235/72; art. 54 do seu Regimento Interno cumulados com os artigos 15 e 489 do Novo Código de Processo Civil. Tal disposto processual prevê que tanto o voto de mérito quanto o voto de

qualidade devem ser motivados. Partindo dessas premissas e de uma profunda pesquisa, o professor chegou na seguinte conclusão:

“ Com efeito, os votos de qualidade ou de desempate são proferidos sem a necessária motivação específica do dissenso que é imprescindível para dar eficácia à norma que versa sobre esta espécie de voto.[...] Em outras palavras, os votos de mérito e de qualidade são expedidos com a mesma motivação, o que torna este, o de empate, nulo, assim o respectivo acórdão que o compreende”.(LUNARDELLI,2017, pps. 982 e 983).

Entendia o professor que apesar do voto de mérito ser devidamente motivado, o voto de qualidade não era, pois não havia uma motivação sobre o procedimento de desempate. Por essa razão, tratava-se de uma questão de ausência de subsunção, uma vez que o fato jurídico ( voto de desempate sem motivação) não se subsumiu a sua previsão normativa( arts 15 e 489 do NCPD).(LUNARDELLI,2017,p.988) .Desse modo, ele defendeu seu raciocínio no método dedutivo semelhante ao de MacCormick, seguindo inclusive um roteiro de argumentação que deveria ser específica e coerente. Então, podemos afirmar que nos casos de empate entre os conselheiros do Carf não estamos diante de nenhuma certeza, muito pelo contrário, na inconsistência da decisão de empate, percebe-se que existe uma dúvida no Conselho. Como afirma MacCormick: “a inexistência de contradição no argumento jurídico chama-se de consistência”. Isso não é o que ocorre no Conselho, pois em caso de empate temos metade do órgão de decisão entendendo em um sentido e a outra metade possuindo entendimento diverso, não existindo aqui um consenso entre os julgadores. E como já afirmado, o voto que se diz ser de qualidade ou desempate, além de não possibilitar um consenso entre os julgadores, também não possui motivação.

Concluímos o seguinte: apesar da argumentação do professor Lunardelli estar estruturada no método dedutivo, partindo-se da premissa maior (dispositivos de lei) e observando que a premissa menor (caso concreto do voto de desempate) chegar na conclusão (não subsunção).O que houve na verdade foi justamente a subsunção do artigo 25, §9º do Decreto 70.235/1972, uma vez que essa norma, em que pese, não estar fundamentada de acordo com as normas de estruturas ( processuais) é válida no sistema. Como já abordado acima neste trabalho pelo professor Paulo de Barros ao afirmar que uma norma é válida quando passa a existir no sistema, e foi o que ocorreu com o voto de qualidade. Sendo que a validade da lei 11.489/2009 está sendo discutida nessa ADI. Ademais, como já explicado pelo método abduutivo em linhas acima, o presidente do Carf aplicou automaticamente o voto de qualidade sem fazer nenhum juízo de valor, tanto é que nem precisou motivar seu voto por estar resguardado ou obrigado pelo comando do art. 25, §9º do Decreto 70235/1972. Se o presidente desse tribunal administrativo tivesse seguido o método da abdução, inevitavelmente, teria motivado seu voto de desempate,

analisando assim o contexto do problema, dando juízo de valor (princípio da igualdade) e debatendo suas premissas com os demais julgadores com o fim de chegar num consenso. É disso que Peirce fala ao explicar o método científico (abdução, dedução e indução), que para se afastar a dúvida (empate) o investigador (julgador) deveria partindo de suas crenças falíveis (voto de empate) começar pelo problema (caso concreto) e comprovar e testar suas premissas no contexto da prática até se alcançar o consenso na comunidade de investigadores (acordo entre todos os julgadores do Carf).

Através do método abduutivo, o aplicador do Direito irá conforme o contexto do caso concreto e dos seus valores (princípios, preconceitos) decidir se aplica ou não determinada norma ao caso. Assim, nas palavras da doutrinadora Flavianne: "O enquadramento de algum fato da realidade como jurídico é o momento crucial na aplicação do Direito; senão o mais importante, pois que, então, ser-lhe-á atribuído nova significação e determinando suas consequências jurídicas".(BITENCOURT, 2013,p. 111)

## **5. Consequencialismo e Falibilismo**

Em que pese o Consequencialismo e o falibilismo terem sido citados no capítulo anterior, devido a sua importância, nesse capítulo dedicaremos maior atenção a essas características empregadas pelo Pragmatismo. Analisaremos quais as possíveis consequências diante da manutenção ou extinção do voto de qualidade no Carf e a previsibilidade na decisão do Supremo nessa Ação de Inconstitucionalidade. Observaremos, também, a associação do falibilismo com a parcialidade do Presidente do Carf.

Vamos entender, primeiramente, do que se trata o Consequencialismo na visão do Pragmatismo e associá-lo ao Direito. Assim, o Consequencialismo é a previsibilidade de certos efeitos ao anteciparmos, em nossa mente, as possíveis consequências diante de determinada ação. Ou seja, pela experiência e pelo contexto poderemos ter uma noção daquilo que venha a ocorrer, isso é comum na práxis jurídica, uma vez que os advogados, promotores e juízes escolhem suas atitudes (defesa, acusação e sentença) prevendo os possíveis efeitos dela no deslinde do caso. Desse modo, nas palavras do doutrinador Humberto Ávila ao definir o Consequencialismo:

"[...] pode ser definido como a estratégia argumentativa mediante a qual o intérprete molda o conteúdo ou a força do Direito conforme as consequências práticas que pretende evitar ou promover, em detrimento da estrutura normativa diretamente aplicável, dos efeitos diretamente produzidos e dos princípios fundamentais imediatamente aplicáveis à matéria." (ÁVILA,2019,p.52)

Podemos observar o Consequencialismo nos argumentos a favor e contra a manutenção do voto de qualidade no Carf arguido na ADI 5731/DF, pois tanto o Conselho Federal da Ordem dos Advogados quanto a Procuradoria da República analisaram os votos dos Ministros do Supremo e construíram seus argumentos refutando ou confirmando as orientações dadas nos acórdãos de casos semelhantes. É oportuno observar que as partes escolheram, principalmente, votos de ministros que estão no Supremo, exemplo disso, é a Procuradoria citar em seu parecer o voto do Ministro Gilmar Mendes que é Relator nessa ADI, demarcando assim uma previsibilidade na decisão desse Ministro. Como nesses trechos relacionadas a ADI5731/DF:

Parecer da PGR refutando os pedidos do autor da ADI e logo após, no mesmo parecer, valendo-se dos votos dos Ministros que, no caso do questionamento do voto de qualidade no próprio Supremo, decidiram pela constitucionalidade desse voto.

“3. Voto de **qualidade constitui critério político de desempate** de votações comumente adotado em órgãos deliberativos de composição colegiada, que não representa, por si, afronta aos princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade.”

“O Min. Gilmar Mendes trouxe relevantes considerações sobre a constitucionalidade do **voto de qualidade como critério político de desempate** de votações em órgãos colegiados (inteiro teor do acórdão, pp. 315-320)”

“Também se manifestaram pela constitucionalidade da regra os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso (inteiro teor do acórdão, pp. 327 e 336)”

Na peça da inicial da ADI temos, também, o Consequencialismo como estratégia da CFOAB na análise dos votos dos Ministros do Supremo, mas agora, decidindo pela inconstitucionalidade do voto de qualidade.

“ O Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento do AI nº 682.486/DF4, ao examinar a constitucionalidade do art. 8º, II, da Lei n. 8.884/945, que atribuía a prerrogativa de voto duplo ao Presidente do CADE nas deliberações da autarquia, explanou:

O deslinde do importante caso submetido ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE ocorreu mediante manifestação de dupla vontade – dupla no sentido de duplo voto – do Presidente do órgão, contrariando-se, a meu ver, parâmetros constitucionais, princípios implícitos na Carta 1988. **Não consigo,**

**diante das balizas da Constituição, dita ‘cidadã’ por Ulysses Guimarães, concluir que alguém possa ter o poder tão grande de provocar um empate e, posteriormente, reafirmando a óptica anterior, dirimir esse mesmo empate”. (grifamos)**

Não podemos deixar de destacar o Consequencialismo no “roteiro” da argumentação de MacCormick que uma decisão só poderia ser coerente quando nela pudessem ser previstas possíveis consequências. Assim, citou que a coerência da decisão dos juízes estava interligada, também, a valoração das consequências, nestes termos:

“MacCormick aduz também que os juízes, para **formularem uma “boa decisão”, deveriam avaliar as consequências dessa norma criada no mundo.**[...] Trata-se aqui de avaliar as consequências normativas que a nova regra impõe. Deve-se refletir sobre as consequências da possível internalização da nova norma criada em comparação com as regras rivais que se apresentam como possibilidades decisórias de um caso concreto. Não é um consequencialismo fático:(...) Mais que a previsão de qual conduta a norma provavelmente irá induzir ou desestimular, o que interessa é responder à pergunta de que tipo de conduta autorizaria ou proibiria a norma estabelecida na decisão; em outras palavras, **os argumentos consequencialistas são, em geral, hipotéticos**, mas não probabilistas. (...)”(MARTINS,2011,p.214)

De acordo com o que foi dito acima, podemos observar que se, por exemplo, os Ministros do Supremo decidirem pela inconstitucionalidade do voto de qualidade do Carf, deverá modular tais efeitos por uma questão de segurança jurídica tanto para o Fisco quanto para os contribuintes. Além disso, se o Supremo afastar a regra estabelecida no art. 25,§9º do Decreto 70.235/72, deverá estabelecer o modo de desempate naquele tribunal administrativo até surgir uma nova lei, chamada regra de transição. Assim, observamos que nos dois casos hipotéticos acima a Suprema Corte ao modular os efeitos de sua decisão e ao aplicar regras de transição, agiu de modo abduativo e consequencialista, como uma forma de afastar determinadas consequências previsíveis.

Dando seguimento ao nosso trabalho, estudaremos sobre o Falibilismo, partindo da sua definição no pragmatismo, passando pelo modo como se dá o desempate no Carf até chegarmos ao acórdão do Supremo usado nos argumentos na ADI5731/DF.

Como já afirmava Peirce: “todo conhecimento é falível”. Esse filósofo acreditava que só através da experiência e da observação era possível atingir o conhecimento, e por isso, o conhecimento era livre de qualquer aspecto psicológico (transcendental). Ele se dava na relação da mente (pensamento) com o mundo material (objetos). Nesse sentido:

“[...]ao descaracterizar a razão pura como fonte originária do conhecimento, Peirce exclui, também, o aspecto de certeza absoluta que possa ser dado ao conhecimento obtido por essa via transcendental.[...] na opinião do autor há três coisas para as quais nunca poderemos esperar atingir pelo raciocínio, a saber, a certeza absoluta, exatidão absoluta e universalidade absoluta (CP1.141).”(MADEIRA,2018, p.218)

O conhecimento é contínuo e inesgotável, está em constante evolução, sempre se autorregulando com o surgimento de novas ideias, e por essa razão é falível. Assim, com o avanço das Ciências, o investigador pode observar a mudança do seu objeto de estudo, e conseqüentemente, a mudança de entendimento. Isso não é diferente no Direito que necessita estar em constantes mudanças para tentar acompanhar o desenvolvimento da sociedade. É corriqueiro no mundo jurídico haver mudanças na jurisprudência, nas leis e teses aplicadas nos tribunais, e isto é uma prova do Falibilismo jurídico.

É relevante a seguinte reflexão: se um órgão Colegiado está sujeito a falhar em suas decisões, imaginemos que com maior sujeição ao falibilismo está o voto de qualidade do Presidente do Carf, uma vez que a decisão desse último prevalece sobre a decisão do Conselho Administrativo. Dessa maneira, o legislador ao prever tal dispositivo, encontrou, nessa técnica do “voto duplo”, a forma mais prática de resolver o litígio e a menos racional em rejeitar a dúvida. Já que diante de um empate fica visível que existe uma dúvida no órgão de decisão, e o voto do presidente não é competente para sozinho estabilizá-la. Esse mesmo pensamento sobre o falibilismo foi citado pelo Ministro Marco Aurélio no caso em que se questionava o voto de qualidade no CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica:

“Pergunta-se: habita o mesmo teto dos novos ares constitucionais democráticos o voto de minerva? **É possível que, em um Colegiado, o cidadão, falível – como outro qualquer, e assim também nós o somos –, profira um voto e, neutralizando-se os votos ante o empate verificado, venha a decidir, fazendo-o, no campo republicano e democrático, isoladamente?** O voto de qualidade, para mim, acaba por consubstanciar a existência de um superórgão.”

Quando nos atentamos ao significado da palavra ‘acórdão’, percebemos que o legislador, ao prever esse instituto no direito processual, possuía a finalidade de que na



decisão final o Colegiado chegasse a um acordo, sendo importante estabelecer um consenso tanto nos tribunais judiciais como nos tribunais administrativos. Segue abaixo o significado da palavra 'acórdão':

“ Acórdão é **a decisão do órgão colegiado de um tribunal** (câmara, turma, seção, órgão especial, plenário, etc.), que se diferencia da sentença, da decisão interlocutória e do despacho, que emanam de um órgão monocrático, seja este um juiz de primeiro grau, seja um desembargador ou ministro de tribunais — estes, normalmente, na qualidade de relator, de presidente ou vice-presidente, quanto aos atos de sua competência. Trata-se, portanto, o acórdão, de uma **representação, resumida, da conclusão a que chegou o órgão colegiado**, não abrangendo toda a extensão e discussão em que se pautou o julgado, mas tão-somente os principais pontos da discussão.”(Wikipédia)

E essa é a maneira mais racional de decidir porque várias 'mentes' pensando juntas possibilitam uma análise mais detalhada dos fatos e das suas consequências, o que não transforma o acórdão em algo infalível. Como assevera Kellogg ao estudar o Falibilismo jurídico:

“Existe por aí, pelo menos entre não profissionais, uma presunção comum de que o direito opera por autorização de instituições soberanas e, portanto, que a afirmação ou regra geral pode ser criada de forma firme, não revisável e clara na aplicação. Mas o grau e complexidade da litigância, e o problema perene de resolver conflitos entre regras e leis discrepantes, sem mencionar constituições enfraquece essa presunção. Um exame detido dos casos sugere que a interpretação de uma lei e a linguagem constitucional, constantemente aplicados a novas e imprevistas circunstâncias, ocorrem em uma base revisional de caso a caso que pode igualmente ser compreendida como falibilista”.(KELLOGG,2019, p.217).

Foi nesse sentido que acreditava Peirce, pois para afastar a dúvida era necessário passar por raciocínio investigativo em que a comunidade de intérpretes chegasse a um consenso. Esse consenso não é sinônimo de verdade, uma vez que Peirce, por defender a inexistência de 'certeza absoluta', pregava que a verdade é um ideal regulatório (metafísica), sendo inalcançável. Já para Dewey, a verdade era aquilo que pudesse ser cognoscível pela mente humana, ou seja, eram as coisas conhecidas pelo homem e o Falibilismo era a restrição de todo esse conhecimento. É relevante destacar o trecho em

que Margolis diferencia o Falibilismo entre Peirce e John Dewey:” Para Peirce significa o perpétuo adiamento da investigação, jamais alcançando ‘a verdade sobre a realidade’...Para Dewey, significa a restrição de todas as reivindicações cognitivas inerentes a um mundo profundamente fluido por meio de habilidades práticas[...]”(KELLOGG,2019, p.217)

Assim, podemos concluir que o Colegiado (comunidade de intérpretes) tem como principal fim atingir o consenso como meio possível de resolver a lide, porém esse consenso se limitava aquilo que fosse cognoscível naquele momento e naquelas circunstâncias. Desse modo, o voto de desempate no Carf deveria ser substituído pelo consenso entre seus julgadores em respeito ao Estado democrático de Direito que defende a escolha da maioria. Se o consenso já é limitado, pois o falibilismo é inerente ao ser humano, maior limitação possui a crença (voto) do presidente desse órgão. Assim, o voto, chamado de qualidade e usado como critério político, faz prevalecer a autoridade do presidente do órgão recursal administrativo, que representa a Fazenda Nacional, sob a vontade majoritária e democrática da sociedade, sendo um instituto contraditório com toda a linguagem constitucional brasileira.

## **6. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 13.988/2020**

O fim do voto de “qualidade” do Carf com previsão no art. 28 da Lei de Transação tributária foi coerente com o ordenamento constitucional tributário, uma vez que diante de uma dúvida sobre a legitimidade dos atos da Fazenda Pública, como o lançamento, nenhum contribuinte poderá ser penalizado.

Tal voto possuía previsão normativa no artigo 25, §9º do Decreto 70.235/1972 e no artigo 54 do seu Regimento Interno prescrevendo que nos casos de empate terão voto de qualidade o Presidente das Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais que será representante da Fazenda Nacional. Com isso, podemos observar que esse dispositivo contraria o princípio da isonomia entre as partes do processo e do juiz natural, deixando de corresponder com a paridade processual e a realidade. Uma vez que, além do presidente ser representante da Fazenda Nacional, termina votando duas vezes na mesma causa. Aqui fica claro que a figura do julgador se confunde com o polo de uma das partes em litígio, pois todas as causas processadas no Carf possuem como parte a Fazenda Nacional.

Esse dispositivo foi introduzido pela lei ordinária 11.941/2009 que possui presunção de validade, ensejando assim, a sua coercibilidade como resultado do interpretante energético. Essa norma vinha incidindo e gerando efeitos até perder sua validade, pois veio outra norma que a retirou do sistema – o art. 28 da Lei de Transação. E atualmente, segue no STF três ações de inconstitucionalidade (ADI 6.415, ADI 6.399 e ADI 6.403) em relação ao fim do voto de qualidade, porém esse dispositivo que prevê a extinção do voto “desqualificado” do Carf é válido e constitucional até que a Suprema Corte declare o

contrário. Assim, divergindo de Pontes de Miranda, o professor Paulo de Barros assevera que:

“ Há certa confusão na doutrina jurídica entre “critérios de validade” da norma (requisitos de pertencibilidade) e seu “fundamento de validade” (fundamentação jurídica), principalmente entre aqueles que trabalham a validade como sinônimo de existência.[...] uma coisa é a validade da norma jurídica e outra a adequação de sua fundamentação jurídica às normas que disciplinam sua produção. Uma norma pode pertencer ao sistema jurídico sem, no entanto, estar de acordo com as regras que disciplinam sua produção ou a sua materialidade. A validade é aferida com a relação de pertencibilidade da norma para com o sistema e não com sua adequação às demais normas existentes neste sistema. Tal averiguação é feita num momento posterior, pressupõe a sua validade e permite-nos dizer se a norma permanecerá, ou não, no sistema.(CARVALHO,2019,p.746)

Não há razão para a declaração da inconstitucionalidade formal por “contrabando legislativo”, uma vez que o fim do voto de qualidade ter sido apresentado na Lei de Transação não perde a sua pertinência temática, pois tanto a transação quanto o art. 28 de tal norma prevê formas de solução de litígio. Além disso, a emissão dessa norma corrobora com os direitos fundamentais dos contribuintes e do devido processo legal que proíbem um “jugador” votar duas vezes como forma de desempate diante de uma incerteza. O direito tributário assim como o direito penal carregam o princípio da tipicidade como característica inerente, desse modo, diante de uma dúvida tanto o réu quanto o contribuinte merecem uma interpretação favorável – *in dubio pro contribuinte*.

## **7. Conclusão**

Olhar o direito sob a perspectiva do pragmatismo nos possibilita fazer uma análise da forma como legisladores, juízes, advogados e promotores se comportam seja na maneira de interpretar o direito, seja na maneira de argumentar, e por fim, na forma de decidir. Devemos ter em mente que compreender o direito sob o viés do pragmatismo é uma forma de mudar nossos hábitos de pensar e agir, pois os comandos da lei, não são capazes de por si só, resolver os anseios e necessidades da sociedade. O pragmatismo vai além do que está posto, nos fazendo desconfiar de qualquer certeza alimentada pelo sistema jurídico. Desse modo, toda e qualquer conveniência ou inconveniência nos tribunais deve ser resolvida de forma racional, rechaçando toda convicção ou critério político que venha a violar os mais caros direitos fundamentais estabelecidos na nossa Magna Carta, como a igualdade.

O chamado voto de qualidade admitido pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais desqualifica tudo o que é defendido pela Constituição Federal e o ordenamento jurídico. Pois, admitir que um julgador ( presidente do Carf e representante da Fazenda Nacional) vote duas vezes na mesma causa e sem a devida motivação, é atribuir maior valoração ao individualismo em detrimento da sociedade .E defender a constitucionalidade do voto de qualidade comparando nossos tribunais administrativos com as principais cortes internacionais é uma forma de negar as particularidades internas dos nossos órgãos administrativos de decisão, já abordadas neste trabalho.

O surgimento do art. 28 da Lei de transação é uma norma infraconstitucional que está conforme a Magna Carta, permitindo não só o fim do voto de qualidade do Carf, como também, diante de um empate que representa uma dúvida deve-se o Conselho Administrativo decidir em benefício do contribuinte.

## **Bibliografia**

ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. **Semiótica do Direito**. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. **Incidência Jurídica: Teoria e Crítica**. São Paulo, Noeses, 2011.

ÁVILA, Humberto, **Constituição, Liberdade e Interpretação**, São Paulo, Malheiros, 2019.

CARVALHO, Aurora Tomazini, **Curso de Teoria Geral do Direito: o Constructivismo Lógico-Semântico**, São Paulo, Noeses, 2019.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro**. In BINENBOJM, Gustavo; NETO, Claudio Pereira de Souza; SARNENTO, Daniel. Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris 2009, pps. 363 a 385.

FAVINI, Marco, **Voto de qualidade no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**, Projeto de Pesquisa apresentado no Mestrado Profissional da FGV, 2017.

IBRI, Ivo Assad, Sementes de Pragmatismo na contemporaneidade: Homenagem a Ivo Assad Ibri, In: MADEIRA, Marcelo Sena, **Charles S. Peirce : Realismo e Conhecimento Falível**, Organizadores Eluíza Bortolotto Ghizzi... [et al] São Paulo, FiloCzar, 2018.

KELLOGG, Frederic Rogers, **Pragmatismo, Teoria do Conhecimento e Filosofia do Direito: artigos coligidos por Frederic Rogers Kellogg** / organizadores George Browne Rego, Pedro Spindola Bezerra Ales, Recife, Ed UFPE, 2019.

LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi, **O voto de qualidade no processo administrativo tributário e artigo 112 do Código Tributário Nacional**, Racionalização do Sistema Jurídico, XIV Congresso Nacional de Estudos Tributários, IBET, São Paulo, 2017.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira [et al]. **Noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades**. Revista NEJ- Eletrônica, Vol 16 – n.2 – p.207 -221. 2011

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **A proposta do raciocínio abduutivo para o Direito**. In Um método para a investigação das consequências: a lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito. João Pessoa, Ideia, 2013, pps. 105 a 117

RIBEIRO, Emilio Soares, **Um estudo semiótico do símbolo, com base na semiótica de Peirce**, Estudos Semióticos, 2010.

Disponível em site: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm)

## A REFORMA TRABALHISTA E A REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO

**FERNANDA SENA BARBOSA:**  
Bacharelanda em Direito pelo  
Centro Universitário Una

MARCELLA PAGANI

(orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo consiste em um trabalho de conclusão de curso, objetivando não apenas o conhecimento acadêmico em si, como também melhor análise sobre o entendimento da modalidade de teletrabalho regulamentada pela lei 13.467/2017. Isso porque, com o início da pandemia provocada pela COVID 19 e a necessidade de isolamento social como medida de contenção da proliferação do vírus, o teletrabalho se tornou o meio mais viável e eficaz de o trabalhador continuar exercendo suas atividades, tornando-se indispensável o trabalho em *home office*. Embora um número considerável de empregados em todo o mundo tenha sido forçado a trabalhar em casa devido à crise COVID-19, no Brasil, há ainda pouca discussão sobre o tema em seus aspectos de benefícios e perdas para os trabalhadores. Diante da implantação urgente dessa modalidade de trabalho, aparecem desafios sobre como adaptar os direitos trabalhistas a essa nova realidade de trabalho.

**Palavras chave:** Teletrabalho, Reforma Trabalhista, Covid 19.

**ABSTRACT:** This article consists of a course conclusion work, aiming not only at academic knowledge itself, but also at a better analysis of the understanding of the telework modality regulated by law 13.467 / 2017. This is because, with the beginning of the pandemic caused by COVID 19 and the need for social isolation as a measure to stop the proliferation of the virus, teleworking has become the most viable and effective way for workers to continue exercising their activities, making it essential to work at home office. Although a considerable number of employees worldwide have been forced to work from home due to the COVID-19 crisis, in Brazil there is still little discussion on the topic in terms of benefits and losses for workers. In view of the urgent implementation of this type of work, challenges arise on how to adapt labor rights to this new work reality.

**Keywords:** Teleworking, Labor Reform, Covid 19.

### 1 INTRODUÇÃO

A palavra trabalho vem do latim *tripaulium*, antigamente era utilizada pelos romanos para obrigar escravos a trabalharem, trabalho este que vem evoluindo ao longo da história do trabalho, se apresentando de diversas maneiras e formas, perante a

sociedade Albarnos (2008). Nos dias de hoje, com a chegada da evolução tecnológica, possibilitou algo ainda desconhecido aquele tempo, no qual todos podem ser donos de seu trabalho, com diversos meios, formas e condições diferentes de labor.

Com todas estas constantes mudanças de trabalho em que o mundo está vivendo ou até evoluindo, Dias (2014 p.118) menciona que “trabalho está em franca modificação e os modelos de gestão da produção e do trabalho humano que surgiram no desenvolvimento do capitalismo”.

Com a chegada da internet no Brasil, por volta do ano 1988, esta trouxe possibilidades inimagináveis tais como comunicação, acesso a informação, compras e até mesmo trabalho. Sim, a internet trouxe possibilidades de trabalho e através disso, com suas inovações constantes, a possibilidade da liberdade laboral.

Tais inovações se aplicam nos dias de hoje, no cenário pandêmico que o mundo vive. Em decorrência da COVID 19, as empresas precisaram se adequar a nova forma de labor, neste sentido, uma das medidas adotadas pela grande maioria das empresas, foi o teletrabalho.

No ano de 2017, entrou em vigor a Lei 13467/2017 que inseriu os artigos 75-A e 75E, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que passou a regulamentar o teletrabalho no Brasil. O presente artigo tem como objetivo discutir tal modalidade de trabalho, em paralelo com os impactos da Covid-19 sobre as relações trabalhistas.

A divulgação de estudos que apontam os benefícios e as dificuldades do teletrabalho realizado em *home office* e de como é possível implantá-lo são de extrema importância nos dias de hoje, já que não se conhece ainda os resultados dessa transformação na forma de se trabalhar. Diante disso, o tema deste artigo torna-se útil para as empresas e para os profissionais, pois pode ajudar a esclarecer lacunas existentes sobre esta forma de trabalho.

O presente artigo não convém apenas para demonstrar pontos positivos e possivelmente algumas falhas na legislação, mas sim, para incentivar grandes discussões e debates acerca do tema, uma vez que, no presente momento, milhões de pessoas aderiram a esta modalidade de trabalho.

## 2 A regulamentação do teletrabalho pela Reforma Trabalhista

A Reforma Trabalhista começou a ser debatida em 2016, na Câmara dos Deputados, seguindo para o Senado e estes sentiram necessidade de reformar a CLT, uma vez que o Brasil estava vivendo uma crise econômica. Assim, para facilitar tratativas laborais

entre empregador e empregador a reforma trabalhista foi concretizada através da Lei 13.467/2017.

A Reforma Trabalhista não trouxe apenas pontos positivos e negativos. Porém, o Teletrabalho já era assunto de discussão, que conforme artigo Fincato (2019, p. 59), *“No Brasil dos anos 2000, foram sugeridas algumas propostas legislativas e ganhou força a Lei nº 12.551/2011 que apenas tangenciou o tema, alterando o artigo 6º da CLT”*.

Diante disso, verifica-se que a modalidade de teletrabalho já existia há bastante tempo, no entanto, somente foi regulamentada de forma detalhada pela CLT, através da Lei 13.467/2017, nos artigos 75-A à 75-E.

Porém, os termos citados acima, são usados de diversas maneiras possibilitando inúmeros entendimentos. Neste sentido, Manuel Martín Pino Estrada (2002, p.1) cita a definição da OIT, na qual aparece a definição mais aceita: *“Uma forma de trabalho realizada em lugar distante do escritório e/ou centro de produção, que permita a separação física e que se utilize uma nova tecnologia que facilite a comunicação”*.

O trabalhador poderá laborar nas dependências físicas da empresa e seu contrato de trabalho ser modificado para teletrabalho no prazo de quinze dias para sua transição, ou poderá trabalhar em regime *home office* e ter seu contrato revertido em presencial, também pelo prazo de 15 dias para o labor. Basso e Barreto Junior, chamam atenção para o acordo mútuo entre as partes e na formalização do aditivo contratual.

Essa modalidade de trabalho passa a ser regulamentada na Consolidação das Leis do Trabalho com a publicação da Lei nº 13.647/17, a qual insere o capítulo II-A e contempla o teletrabalho como uma das exceções previstas no artigo 62 da CLT. Ocorre que mesmo com a mencionada inclusão, a abordagem conferida ao tema é insuficiente, ante o cenário tecnológico atual e os possíveis desdobramentos em uma relação de trabalho. Deixa, portanto, de abordar questões relevantes e de grande impacto nas relações de emprego decorrentes do teletrabalho, como por exemplo, forma de controle para garantir a privacidade do trabalhador, direito à desconexão, e as normas de medicina e segurança aplicáveis ao teletrabalhador (BASSO; BARRETO JUNIOR, 2018, p. 60).

Diante disso, pode-se perceber que muitas empresas ficaram atentas quanto à transição e adaptação às novas regras, a fim de evitar ou ao menos minimizar os riscos de passivo, principalmente levando-se em consideração que a Justiça do Trabalho brasileira tem como característica a proteção ao trabalhador.



Com os avanços tecnológicos, a internet, as mídias sociais, as tecnologias de informação entre outras, possibilitaram a liberdade de labor, onde o empregado não necessita necessariamente de um posto fixo para exercer suas funções de labor.

Neste sentido (CLARO, 2019 p.1) entende que:

A Lei 13.467, de 2017, destacou-se, nesse particular, por inserir os empregados em regime de teletrabalho, assim entendidos os trabalhadores que, a despeito de fisicamente ausentes da sede do empregador, se encontram, por meio telemáticos, nela virtualmente inseridos com vista à construção dos objetivos contratuais do empreendimento. A inserção dos teletrabalhadores nas exceções trazidas pelo art. 62 da CLT justificou-se nos fatos de o serviço do teletrabalhador ser executado a distância, fora do lugar no qual o resultado do labor é esperado e de o empregador não poder fisicamente fiscalizar a execução da prestação de serviços (CLARO, 2019, p. 1).

Diante da nova realidade do trabalho da era digital, ocorreu o surgimento de um novo labor, com perfil diferente do trabalhador da era industrial, que tinha um posto fixo de trabalho.

Concordando e ampliando o conceito sobre teletrabalho, Denise Fincato e Amanda Andrade (2018, p. 286), afirmam que *“o teletrabalho pode ser desempenhado de modo on-line ou off-line e de forma individual ou coletiva, em regime part-time ou tempo integral”*.

No mesmo viés:

O teletrabalho é uma espécie de trabalho a distância, e não de trabalho em domicílio. A razão é simples: o teletrabalho não se limita ao domicílio, podendo ser prestado em qualquer lugar. Na verdade, o teletrabalho ocorre em ambiente virtual e, como tal, é situado no espaço, não se alterando, portanto, a definição de localidade que, no Direito do Trabalho, é estabelecida segundo a eficácia da lei trabalhista no espaço. A subordinação jurídica no teletrabalho é mais tênue e é efetivada por meio de câmeras, sistema de logon e logoff, computadores, relatórios, bem como ligações por celulares, rádios etc. Por isso houve evolução do entendimento contido na Súmula 428 do TST que passou a assegurar, no caso de ofensa à desconexão do trabalho e ao direito fundamental ao lazer, o pagamento de horas

de sobreaviso. Trata-se de interpretação que se coaduna com a eficácia horizontal e imediata dos direitos fundamentais (direito ao lazer e à desconexão) (LEITE, 2020, p. 244).

No artigo 'Saúde, higiene e segurança no teletrabalho: reflexões e dilemas no contexto da dignidade da pessoa humana trabalhadora' de Fincato (2009, p.116) também demonstram características do Teletrabalho, mas a principal característica é a prestação de serviço em local diverso das dependências da empresa. Fincato ainda, classifica e entende que é possível classificar teletrabalho em: em (i) domicílio; (ii) telecentros; (iii) centros satélites; (iv) telecottages; e (v) nômade ou móvel.

Percebe-se que, a CLT não faz distinção entre o trabalho realizado de presencial e o teletrabalho, uma vez que este mesmo sendo realizado fora das dependências da empresa, é possível através da tecnologia, internet e informatização de sistemas, efetuar o controle de supervisão, caracterizando uma forma de subordinação (art. 6º, CLT).

Porém, observa-se que, de acordo com Lemos (2019), existe a distinção entre o trabalho externo e o teletrabalho:

Com efeito, a Lei faz distinção entre o trabalhador externo e o teletrabalhador. Ambos são trabalhadores a distância, mas, o externo, como o próprio nome indica, é o que trabalha externamente e geralmente não possui um local fixo para exercer suas atividades, como, por exemplo, o vendedor externo, o motorista, os ajudantes de viagem, entre outros. Por sua vez, o teletrabalhador possui um local fixo para exercer suas atividades, sendo esse seu próprio domicílio, ou outros locais disponíveis para a realização de sua atividade. Assim exercem suas atividades, na maior parte do tempo – preponderantemente – fora das dependências do empregador, mas sem a necessidade de se locomover para o exercício de suas atribuições, como ocorre com o trabalhador externo (LEMOS, 2019, p. 1).

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Cavalcanti (2019), no que diz respeito ao teletrabalho e a jornada suplementar, explicam que o controle de jornada de trabalho não é essencial para a configuração da subordinação, o trabalhador pode ser considerado empregado independente de ter ou não o direito às horas suplementares.

Estes ainda acreditam que o teletrabalho, por ser modalidade de trabalho externo, conforme disposto no artigo 62, I da CLT, o teletrabalhador não terá direito a receber horas extras se a atividade externa exercida pelo empregado for incompatível com o controle de

horário de trabalho. No entanto, o inciso III, do art. 62, da CLT, excluiu o empregado, em regime de teletrabalho, do direito receber horas extras.

O exemplo à jurisprudência:

**Ementa:** RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE INDIRETO DE JORNADA. A exceção prevista no artigo 62, I, da CLT não depende apenas do exercício de trabalho externo, mas também da impossibilidade de controle de horário pelo empregador. No caso, o Tribunal Regional registrou que: o autor trabalhava em home office por opção da ré, que fechou a filial em Curitiba em 2005; os técnicos, que trabalhavam em idêntica condição, recebiam hora extra, quando acionados no plantão; não havia poderes especiais na gerência; a testemunha da ré admitiu a possibilidade de exceder o horário, caso algum cliente ligasse, a existência de folga compensatória, caso atendesse fora do expediente, e as horas trabalhadas a mais eram informadas. Indubitável, portanto, que o empregador exercia o controle indireto sobre os horários cumpridos pelo empregado. Somente quando se revelar inteiramente impossível o controle, estará afastado o direito ao pagamento de horas extraordinárias, em razão da liberdade de dispor do seu próprio tempo, a exemplo do que ocorre, mesmo nesses casos, com o intervalo para refeição, cujo gozo é presumido, diante a autorização legal para dispensa do registro. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST, Recurso de revista em face de decisão publicada antes da vigência da Lei 13.015/2014. Descontos salariais indevidos HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE INDIRETO DE JORNADA.2015.

De acordo com Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Cavalcanti (2019), no teletrabalho, o empregado não terá direito a receber jornada suplementar, se ficar caracterizado que os métodos de controle e supervisão não indiquem: (a) o empregado esteja submetido a uma jornada de trabalho predeterminada; (b) a execução das tarefas atribuídas ao empregado implique em tanto tempo para a sua consecução e que tenha um determinado prazo para a sua realização; (c) o trabalhador é obrigado a retornar a qualquer contato de forma imediata; (d) se tenha a obrigação para o empregado de ficar "ligado", de forma virtual, por 24 horas diárias; (e) se tenha uma carga diária de tarefas; (f) programas de controle de acesso e de jornada de trabalho.

Em relação ao sobreaviso, Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Cavalcanti (2019, p. 368), entendem que tal modalidade de trabalho não caracteriza sobreaviso, uma vez que *“o TST entendia que o uso do aparelho bip ou celulares pelo empregado, por si só, não caracterizava o regime de sobreaviso”*, isso porque o trabalhador não fica em sua residência o tempo todo aguardando a todo o momento a convocação para tal serviço.

O TST, em alguns momentos, firmou o entendimento de serem devidas ao empregado as horas pelo sobreaviso em decorrência da utilização do aparelho celular no âmbito de sua residência. No entanto, em maio de 2011, o TST cancelou a OJ 49 convertendo-a na Súmula 428. A orientação Jurisprudencial 49 da SDI -1 do TST foi cancelada diante da edição da Súmula 428 do TST, estando à decisão recorrida em consonância com a jurisprudência consolidada no item II dessa súmula.

Adequando a sua jurisprudência à realidade, em setembro de 2012, o TST reformulou a redação da Súmula 428: *“I – O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza regime de sobreaviso”; II – Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso”* (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 305).

De acordo com Fincato e Andrade (2018), nos últimos anos, houve uma mudança em relação ao entendimento sobre o regime de sobreaviso por parte do TST. A simples utilização do celular pelo empregado, não caracteriza o sobreaviso. Por outro lado, não se exige que o trabalhador fique restrito a sua residência. No entanto, a utilização de tais ferramentas que possibilita acesso aos funcionários, caracteriza trabalho em si, conforme jurisprudência a seguir:

**HORAS EXTRAS - TRABALHO EM DOMICÍLIO - O Eg. TRT consignou que a prova oral comprovou que o Reclamante recebia telefonemas para resolver problemas de trabalho em horários de descanso e que tais atendimentos não eram anotados na jornada de trabalho nem quitados. Súmula nº 126 do TST. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (Processo: AIRR - 2063-54.2012.5.15.0092 Data de Julgamento: 18/11/2015, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/11/2015).**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DE JORNADA CARACTERIZADO. Consignado**

no acórdão recorrido que, embora o trabalho fosse prestado através de home-office, a empresa utilizava meios de controle de jornada como um sistema de informática voltado ao gerenciamento de atendimento de clientes, com alimentação diária e registro de tempo despendido, assim como evidenciada exigência do alcance de metas, resulta incólume o art. 62, I, da CLT. Entendimento em sentido diverso esbarra no óbice da Súmula 126 do TST. Agravo de instrumento não provido. (Processo: AIRR - 612-06.2013.5.12.0039 Data de Julgamento: 20/05/2015, Relator Desembargador Convocado: Paulo Américo Maia de Vasconcelos Filho, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015).

HOME OFFICE: ENQUADRAMENTO E EFEITOS JURÍDICOS. OUTROS TEMAS: SUBSTITUIÇÃO. ACÚMULO DE FUNÇÕES. HORAS EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO. HORAS DE SOBREAVISO. FÉRIAS INTERROMPIDAS. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Não obstante, não se pode negar que, de maneira geral, em princípio, tais trabalhadores enquadram-se no tipo jurídico excetivo do art. 62 da CLT, realizando o parâmetro das jornadas não controladas de que fala a ordem jurídica trabalhista (art. 62, I, CLT). Por outro lado, a possibilidade de indenização empresarial pelos gastos pessoais e residenciais efetivados pelo empregado no exercício de suas funções empregatícias no interior de seu home office supõe a precisa comprovação da existência de despesas adicionais realizadas em estrito benefício do cumprimento do contrato, não sendo bastante, em princípio, regra geral, a evidência de certa mistura, concorrência, concomitância e paralelismo entre atos, circunstâncias e despesas, uma vez que tais peculiaridades são inerentes e inevitáveis ao labor em domicílio e ao teletrabalho. Finalmente, havendo pagamento pelo empregador ao obreiro de valores realmente dirigidos a subsidiar despesas com telefonemas, gastos com informática e similares, no contexto efetivo do home office, não têm tais pagamentos natureza salarial, mas meramente instrumental e indenizatória. (Processo: RR - 1217-97.2011.5.09.0008 Data de Julgamento: 08/04/2015, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2015.)

Fincato e Andrade (2018) acreditam que o pagamento de horas de sobreaviso ocorrerá somente quando (a) o trabalho a distância, em que as atividades são exercidas fora dos limites geográficos da empresa; (b) o controle empresarial quanto aos trabalhos

executados (exercido por meio da utilização de instrumentos telemáticos ou informatizados); (c) a imposição de plantões, escalas de trabalho ou figuras equivalentes pelo empregador para os períodos de descanso do trabalhador; (d) a vinculação a qualquer chamado do empregador, para fins de execução de tarefas, as quais serão exercidas a distância ou pelo deslocamento do empregado às dependências da empresa ou para qualquer outro local por determinação empresarial.

Stürmer e Fincato (2020) entendem que não há contrato de trabalho sem onerosidade. O contrato de trabalho é bilateral e oneroso o empregado, ao prestar os serviços, tem direito aos salários. Representa o ganho periódico e habitual percebido pelo trabalhador que presta serviços continuados e subordinados a outrem.

Por fim, verifica-se que o teletrabalho pode ser realizado de um escritório, centro de teletrabalho, escritório satélite, do escritório de um cliente, saguão de aeroporto, quarto de hotel, cafeteria. Observa-se, portanto, que nem todos os teletrabalhadores são necessariamente empregados que trabalham em casa, ou seja, na modalidade de *home office*.

### **3 O teletrabalho e o empregado: vantagens e desvantagens**

Muito antes da regulamentação do teletrabalho, diversas empresas já eram adeptas de tal modalidade de trabalho. Vários são os fatores que levam as empresas a aderirem tal modalidade de labor, e uma delas é o custo, uma vez que é mais econômico para as empresas um funcionário em sua residência do que um funcionário nas dependências da empresa.

Deise Bitencourt Haubrich e Cristiane Froehlich (2020) apontam benefícios para as empresas, uma vez que os empregados que trabalham em teletrabalho são mais produtivos do que aqueles que seguem uma política mais tradicional. Além disso, os profissionais têm mais tempo para planejar e realizar tarefas como relatórios e planos de ação.

Nos dias de hoje, a tecnologia está cada vez mais acessível, facilitando o teletrabalho. No entanto, diversas empresas ainda mantêm resistência a tal modalidade de trabalho, muito por conta da flexibilização de horário e ao local de labor.

Rocha e Amador (2018) acreditam que os empregados reconhecem que trabalhar em casa dá mais flexibilidade do que trabalhar nas dependências da empresa, fornecendo flexibilidade temporal e geográfica para o trabalho. Yoli (2015) afirma que teletrabalho tem implicações importantes para os trabalhadores, que podem se mudar para áreas de custo mais baixo, reduzir os custos de deslocamento e viver mais perto da família e amigos,

sendo o ganho de tempo e melhora na qualidade de vida são os motivos mais positivos para quem exerce atividades laborais em casa.

Paula Junior (2020) acredita que a possibilidade de os empregados modificarem seu horário de trabalho diariamente ou mesmo a cada hora é mais satisfatório. Com isso, verificam-se os benefícios tais como estar livre para dormir e trabalhar até tarde ou começando e terminando cedo, trabalhando quarenta horas em quatro dias em vez de cinco ou seis dias por semana, agendamento de consultas pessoais (por exemplo, médico, dentista, cabeleireiro) durante o expediente de escritório, e concluindo o trabalho mais tarde à noite, sem utilizar os dias de férias.

Outro benefício de trabalhar em casa para os empregados é economizar tempo no trajeto até o estabelecimento do empregador, evitando o trânsito em horário de pico. Paula Junior (2020) afirma ainda que, eliminando as tensões de dirigir no trânsito de pico ou até mesmo pegar engarrafamento, pode representar a vantagem mais importante para muitos empregados, uma vez que, ao não se deslocarem, os trabalhadores terão mais tempo livre para gastarem com suas famílias e amigos.

Existem impactos possam ocorrer em relação a direitos básicos do trabalhador. Como autor Paula Junior (2020) afirma a licença maternidade, registros de acidentes de trabalho, licenças médicas, férias e jornadas de trabalho, acabam sendo difíceis de analisar sob o aspecto de flexibilização. Vale lembrar que mesmo diante desses problemas, o trabalhador não é obrigado a abrir mão de qualquer direito, apenas pelo fato de trabalhar fora de um ambiente organizacional.

O Tribunal da 24ª Região, em julgamento ao Recurso Ordinário de uma professora que alegou acidente de trabalho, processo nº 0024280-79.2016.5.24.0002, dispôs:

“...3. TRABALHO A DISTÂNCIA BASEADO NA UTILIZAÇÃO DE MEIOS TELEMÁTICO. ERGONOMIA. DEVER DE ORIENTAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DO EMPREGADOR. O labor prestado em domicílio, a exemplo do teletrabalho, não exime o empregador da fiscalização das condições laborais, especialmente quanto à ergonomia (art. 75-E da Lei Consolidada – CLT, pois a redução dos riscos inerentes ao trabalho constitui garantia constitucional do empregado e dever do empregador (inciso XXII do art. 7º da Carta Suprema e nas normas constantes da Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho, incorporada ao ordenamento jurídico nacional e, portanto, integrante do bloco de constitucionalidade, pois diz respeito ao direito fundamental à saúde e à segurança do trabalhador, integrando o dever geral de proteção do empregador, pois ao criar,

organizar e dirigir a empresa, o empresário ou empregador gera não apenas riscos econômicos do negócio, mas também para a segurança das pessoas que laboram em benefício da organização. Recursos parcialmente providos. (TRT-24 00242807920165240002, Relator: FRANCISCO DAS CHAGAS LIMA FILHO, Data de Julgamento: 23/04/2019, 2ª Turma)”

Assim, com a não fiscalização das condições de labor, o empregado acaba por trabalhar dentro de suas condições/ limitações, por vezes colocando sua saúde em risco como demonstrado em jurisprudência acima.

#### 4 A utilização do teletrabalho durante a pandemia do Covid-19

Não é segredo para ninguém que o mundo vive uma pandemia e o Brasil não ficou livre da COVID 19. Com isso, a maneira de se evitar o contágio e a propagação do vírus, e através da quarentena<sup>462</sup> que muito países, assim como o Brasil aderiram.

Dessa forma, grande parte das empresas, resolveram colocar seus empregados para trabalhar em casa, na modalidade de teletrabalho. Segundo colocam Stürmer e Fincato (2020), para o enfrentamento do teletrabalho, foram adotadas as seguintes medidas:

Em 06 de fevereiro de 2020, foi publicada a Lei nº 13.979, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Em relação ao Direito do Trabalho, as principais Medidas Provisórias editadas foram a 927, de 22 de março de 2020 e a 936, de 01 de abril de 2020. A MP 927/2-0, estabeleceu no seu art. 3º que, para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para a preservação do emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, dentre outras medidas, o teletrabalho (STÜRMER; FINCATO, 2020, p. 6).

Mesmo antes da pandemia, algumas empresas como dito anteriormente, já eram adeptas ao teletrabalho, mas tal modalidade de labor, não era muito habitual no Brasil e as empresas tiveram de se adaptar a uma nova realidade.

---

<sup>462</sup> A quarentena, é a restrição do movimento de pessoas que se presume terem sido expostas a uma doença contagiosa, mas que não estão doentes, ou porque não foram infectadas, ou porque ainda estão no período de incubação ou mesmo porque, na COVID-19, permanecerão assintomáticas e não serão identificadas (AQUINO et al, 2020).



Para Haubrich e Froehlich (2020), os trabalhadores tiveram de aprender lidar com novas tecnologias, ferramentas e dispositivos para elaborar suas tarefas, administrando horários flexíveis e novas demandas de tarefas, responsabilidade com prazos, e a interação e comunicação entre equipes. Além disso, passaram a lidar com a família dentro do espaço de trabalho.

Os autores Losekann e Mourão (2020) ressaltam que as empresas tiveram como desafio proporcionar ferramentas de trabalho e, mais ainda de controle sobre essas atividades remotas. O estabelecimento de controles remotos e metas ainda se mostra como um desafio ainda pouco resolvido. Aspectos legais em relação a horários, e vínculos empregatícios, como benefícios, férias, horas extras, licença de saúde e maternidade são desconhecidos pela maior parte dos gestores.

Segundo Losekann e Mourão (2020, p. 73)

O estresse decorrente da pandemia não deve ser somado a inúmeras outras preocupações ocasionadas por uma gestão inadequada das atividades e dos relacionamentos. A atual adoção do teletrabalho ocorreu em contexto de ansiedade ligado à pandemia, e este pode piorar no exercício do teletrabalho, pois este está associado à riscos psicossociais e comportamentais. Entre os trabalhadores com fragilidades psicológicas, o isolamento também pode levar à descompensação com problemas psiquiátricos mais difíceis.

Muito desse estresse se justifica em função da busca por maior produtividade.

Na medida em que a vida profissional do teletrabalhador passa a se confundir com sua vida familiar, em razão da transposição dos deveres profissionais para o ambiente residencial, e considerando que o tempo antes empregado no deslocamento entre residência e local de trabalho passa a ser utilizado na realização de atividades funcionais, o efeito imediato dessa disponibilidade ampliada é uma intensificação da produtividade em prol da empresa (CUNHA; WOIDA, 2020, P. 6).

De acordo com Cunha e Woida (2020, p.3), um dos maiores prejuízos acarretados aos trabalhadores em relação à adoção do teletrabalho é a "*ausência de limites entre a vida profissional e a vida pessoal, em razão de que o locus de uma e outra se confundem, notadamente nos casos em que as atividades são exercidas na residência do trabalhador*". Desta forma, tanto o espaço quando o tempo que anteriormente poderiam ser utilizados

no lazer ou mesmo em momentos em família acabam divididos com os afazeres do trabalho.

Assim, nem tudo o que brilha quando se refere a trabalho remoto é ouro, este também apresenta uma série de desvantagens para funcionários, empresas e sociedade. Para os trabalhadores, o teletrabalho leva a um estilo de vida mais sedentário e problemas físicos como dores nas costas podem aumentar; aumenta o risco de não se desligar e trabalhar mais horas do que o normal.

O que alguns autores como Aquino et al (2002) e Navarini e Pereira (2021) sugerem é que o trabalho se torne híbrido (meio presencial e meio remoto), uma vez que ambos possuem benefícios para empregados e empresas.

As organizações podem ganhar muito aumentando a flexibilidade de horários e localização para seus colaboradores. Porém, elas devem identificar quais são os momentos que precisam ser presenciais, para garantir que, quando importa, as pessoas estejam juntas fisicamente. A partir deste ponto, devem ser revisitados ritos e práticas, políticas de suporte aos colaboradores, ferramentas utilizadas e práticas de cibersegurança. Observar esses pontos na construção da plataforma de trabalho remoto irá apoiar para que se capture mais valor na transição para este novo modelo de trabalho (NAVARINI; PEREIRA, 2021, p. 161).

A COVID-19 empurrou as empresas para além do ponto de imersão na tecnologia e transformou diversos negócios físicos para o *e-commerce*. Grandes são as expectativas para o fim da pandemia no ano de 2021, neste momento as limitações e os benefícios do trabalho remoto estão mais claros. Embora muitas pessoas estejam retornando ao local de trabalho à medida que as economias reabrem a maioria não poderia trabalhar remotamente.

Segundo Navarini e Pereira (2021), acredita se que o cenário de muitas empresas, seja manter o sistema remoto de trabalho, ou até mesmo o híbrido pós pandemia, principalmente, para uma minoria da força de trabalho altamente qualificada e bem paga.

## **5 Considerações finais**

A possibilidade de trabalhar em casa é um conceito que tem incentivado cada vez mais trabalhadores e empresas a adotarem o teletrabalho como meio de realização das atividades laborais. Nos últimos anos, o número de trabalhadores que não são obrigados a trabalhar no espaço físico de uma empresa tem crescido cada vez mais. Com o grande desenvolvimento e popularização das tecnologias de informação e comunicação e a

possibilidade de trabalhar em qualquer lugar, tornou-se uma realidade muito acessível e muitas vezes atraente.

Porém, no Brasil, este novo conceito de trabalho ainda se mostra pouco discutido na Justiça do Trabalho. Ao abordar esse tópico, no entanto, pode-se ver que, muitas vezes, ele foi considerado remédio para os problemas de relações de trabalho em época de pandemia. O teletrabalho seria capaz de resolver todos os problemas do trabalho e apresentar vantagens a todos os envolvidos, o que não é verídico.

Planejamento de vida, flexibilidade, liberdade de interrupções e tempo economizado no deslocamento muitas vezes surgem como benefícios, enquanto isolamentos profissionais e sociais estão entre os fatores citados como desvantagens. As dificuldades que os pesquisadores de teletrabalho enfrentam são consideráveis. Questões de definição, ou seja, determinar os contornos jurídicos do teletrabalhador, mostra-se até hoje um desafio para o estudo sobre o tema.

## REFERENCIAS

AQUINO, Estela et al. Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil. **Ciência e saúde coletiva** 25 (suppl 1) Jun 2020. Disponível em: < <https://www.scielo.org/article/csc/2020.v25suppl1/2423-2446/pt/> > acesso em: abr. 2021.

BASSO, Danielle; BARRETO JUNIOR, Irineu. O teletrabalho e a supressão de seus direitos na reforma trabalhista. **Rev. do Dir. do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**. Salvador, v. 4, n. 1, p. 59 – 76, Jan/Jun. 2018. Disponível em: < <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/4301/pdf> > acesso em: abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei no. 5.442, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1946]. 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: 16 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. 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: abr. 2021.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO – CLT. Brasília, DF: Presidência da República, [1946]. 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: 16 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. 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: abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Embargos de Declaração** nº 0001825-86.2012.5.03.0086. Relator: Des. Maria Stela Álvares da S. Campos. Diário de Justiça, Minas Gerais, 06 de abril de 2014.

BRASIL. Tribunal da 24ª Região, Julgamento ao Recurso Ordinário. TRT-24 00242807920165240002, Relator: FRANCISCO DAS CHAGAS LIMA FILHO, Data de Julgamento: 23/04/2019, 2ª Turma

BRASIL. DEJT 20/11/2015). Ementa: **Agravo de instrumento em recurso de revista**. Trabalho Externo. Controle De Jornada Caracterizado Processo: AIRR - 612-06.2013.5.12.0039 Data de Julgamento: 20/05/2015, Relator Desembargador Convocado: Paulo Américo Maia de Vasconcelos Filho, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015.

BRASIL. RR - 1217-97.2011.5.09.0008 Data de Julgamento: 08/04/2015, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2015. Ementa: HOME OFFICE: ENQUADRAMENTO E EFEITOS JURÍDICOS. OUTROS TEMAS.

BRASIL. TST, **Recurso de revista** em face de decisão publicada antes da vigência da Lei 13.015/2014. Descontos salariais indevidos HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE INDIRETO DE JORNADA.17/04/2015.

CUNHA, Marcelo; WOIDA, Lídia. **O teletrabalho e as novas formas de exploração do trabalhador**. 2020. Disponível em: < <https://www.woida.adv.br/wp-content/uploads/2020/09/Teletrabalho.pdf> > acesso em: maio, 2020.

CLARO, Tatiana. Teletrabalho e as Inovações Introduzidas Pela Lei 3.467/2017. **Revista Âmbito Jurídico**. 2019. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/teletrabalho-e-as-inovacoes-introduzidas-pela-lei-13-467-2017/> > acesso em: abr. 2021.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. **O teletrabalho transfronteiriço no Direito brasileiro e a globalização**. 2002. Disponível em: < [https://www.conjur.com.br/2002-dez-30/teletrabalho\\_transfronteirico\\_direito\\_brasileiro#:~:text=Segundo%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20do,facilite%20a%20comunica%C3%A7%C3%A3o%20%5B1%5D.>](https://www.conjur.com.br/2002-dez-30/teletrabalho_transfronteirico_direito_brasileiro#:~:text=Segundo%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20do,facilite%20a%20comunica%C3%A7%C3%A3o%20%5B1%5D.>) acesso em: abr. 2021.

FINCATO, Denise. Saúde, higiene e segurança no teletrabalho: reflexões e dilemas no contexto da dignidade da pessoa humana trabalhadora. **Direitos Fundamentais & Justiça**, nº 9 – out./dez. 2009. Disponível em: < <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/467> > acesso em: abr. 2021.

FINCATO, Denise; ANDRADE, Amanda. Home office: direitos fundamentais, meio ambiente laboral e reforma trabalhista. **Rev. Direito Econ. Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 281-300, maio/ago. 2018. Disponível em: < <file:///C:/Users/User/Downloads/22123-45663-2-PB.pdf> > acesso em: abr. 2021.

FINCATO, Denise. Teletrabalho na reforma trabalhista. **Revista JusLaboris**. 2019. Disponível em: < <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/152290> > acesso em: abr. 2021.

HAUBRICH, Deise Bitencourt; FROEHLICH, Cristiane. Benefícios e Desafios do Home Office em Empresas de Tecnologia da Informação. **Gestão & Conexões - Management and Connections Journal**, Vitória (ES), v. 9, n. 1, p. 167-184, jan./abr. 2020. Disponível em: < <file:///C:/Users/User/Downloads/27901-Texto%20do%20artigo-83749-1-10-20200123.pdf> > acesso em: abr. 2021.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTI, Jouberto de Quadros. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

KREIN, José Dari. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva Consequências da reforma trabalhista. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, v. 30, n. 1. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702018000100077&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702018000100077&lang=pt) > acesso em: mar. 2021.

LEITE, Carlo Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2020.

LEMOS, Isaias. A Reforma Trabalhista e o Novo Regime Jurídico do Teletrabalho. **JusBrasil**. 2019. Disponível em: < <https://isaiasjusbrasil.com.br/artigos/674613381/a-reforma-trabalhista-e-o-novo-regime-juridico-do-teletrabalho> > acesso em: abr. 2021.

LOSEKANN, Raquel; MOURÃO, Helena. Desafios do teletrabalho na pandemia covid-19: quando o home vira office. **Caderno de Administração**, Maringá, v.28, Ed. Esp., jun./2020. Disponível em: < <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/CadAdm/article/view/53637> > acesso em: abr. 2021.

NAVARINI, Paulo; PEREIRA, Mateus. **Modelo de trabalho híbrido: análise dos Impactos e perspectivas**. Monografia [Graduação] Engenharia de Produção. Escola Politécnica, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: < <http://www.monografias.poli.ufrj.br/monografias/monopoli10032974.pdf> > acesso em: abr. 2021.

PAULA JUNIOR, Kleverson. O Teletrabalho na Reforma Trabalhista: Suas Vantagens e Desvantagens. **Revista Âmbito Jurídico**, 2020. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/o-teletrabalho-na-reforma-trabalhista-suas-vantagens-e-desvantagens/> > acesso em: abr. 2021.

ROCHA, Charis; AMADOR, Fernanda. O teletrabalho: conceituação e questões para análise. **Cadernos EBAPE.BR**, vol.16, no.1, Rio de Janeiro Jan./Mar. 2018. Disponível em: < [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1679-39512018000100152](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512018000100152) > acesso em: abr. 2021.

STÜRMER, Gilberto; FINCATO, Denise. **Teletrabalho e Covid-19**. Anais... Revista PUCRS. 2020. Disponível em: < [https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/06/2020\\_06\\_22-direito-covid-19-ppgd-artigos\\_e\\_ensaios-teletrabalho\\_e\\_covid-19.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/06/2020_06_22-direito-covid-19-ppgd-artigos_e_ensaios-teletrabalho_e_covid-19.pdf) > acesso em: abr. 2021.

YOLI, Karen. **Os impactos do teletrabalho na produtividade do negócio e qualidade de vida do colaborador**. Monografia [Especialização] Gestão Estratégica e Econômica de Recursos Humanos, do Programa FGV Management. Disponível em: < [http://www.sobratt.org.br/site2015/wp-content/uploads/2016/04/120416\\_TCC-MBA-FGV-Karen-Yole.pdf](http://www.sobratt.org.br/site2015/wp-content/uploads/2016/04/120416_TCC-MBA-FGV-Karen-Yole.pdf) > acesso em: abr. 2021.

## **A GRAVIDADE DA SITUAÇÃO CARCERÁRIA NOS PRESÍDIOS E CADEIAS PÚBLICAS NO ESTADO DO AMAZONAS**

**FABRÍCIO PINHEIRO DE SOUZA:**

Graduando do Curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - ULBRA.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por finalidade abordar o poder que as organizações criminosas exercem de maneira convincente dentro do sistema prisional do Estado do Amazonas, nitidamente um ambiente de rebeliões, corrupção, execução de presos, brigas entre facções criminosas, violência e de presos vivendo em condições sub-humanas, sendo estes alguns dos muitos problemas que a população carcerária enfrenta. Esse viés é mais bem compreendido fazendo-se um paralelo entre o capitalismo e a desigualdade social como pano de fundo da atual crise, pois se entende que a prisão reflete aquilo que está posto socialmente. Aferir se o Crime Organizado está tomando conta dos presídios. O trabalho destaca os principais aspectos das organizações criminosas como a origem do crime organizado no Amazonas, seu conceito, aspectos criminológicos, abordando ainda a sua forma de atuação, as características da sua estrutura organizacional bem como o “modus operandi” em um conjunto geral. Sendo observada a importância do combate ao crime organizado assim como o combate à impunidade e procura pela paz social. Esse tema é importante para que a sociedade reflita sobre as organizações criminosas e poder público promova ações para coibir essa prática criminosa.

**Palavras-chaves:** Sistema Carcerários; Organização Criminosa; Violência.

**ABSTRACT:** This paper aims to address the power that criminal organizations wield convincingly within the Amazonas state prison system, clearly an environment of rebellion, corruption, execution of prisoners, fights between criminal gangs, violence and prisoners living in conditions sub-humans, these being some of the many problems that the prison population faces. This bias is better understood by drawing a parallel between capitalism and social inequality as a background to the current crisis, as it is understood that prison reflects what is socially established. Assess whether Organized Crime is taking over prisons. The work highlights the main aspects of criminal organizations such as the origin of organized crime in Amazonas, its concept, criminological aspects, also addressing its form of action, the characteristics of its organizational structure as well as the “modus operandi” in general. The importance of fighting organized crime is observed, as well as fighting impunity and seeking social peace. This theme is important for society to reflect on criminal organizations and for public authorities to promote actions to curb this criminal practice.

**Keywords:** Prison System; Criminal Organization; Violence.

## 1. INTRODUÇÃO

A violência é um fenômeno social, complexo e sócio humano que se configura como um dos maiores desafios enfrentados na sociedade contemporânea, e a pesar de ser uma característica que acompanha toda a história da sociedade humana, muito se tem avançado no que refere-se aos dispositivos legais para sua coibição e punição, tanto na esfera internacional quanto na nacional, porém é perceptível que trata-se de uma problemática social que está longe de ser controlada.

As notícias sobre atos de violência são noticiadas diariamente na mídia televisiva, escrita e digital. Suas vítimas são oriundas de todas as classes, etnias, idades e segmentos sociais, ou seja, idosos, crianças, mulheres e homens. Em suma é um fenômeno universal, e em alguns lugares do mundo, é aceita como forma de punição, até mesmo por algumas religiões. Possui suas raízes fincadas em questões econômicas, sociais e políticas, e mesmo assim é uma temática de difícil compreensão e sobretudo de difícil convivência, tendo em vista que atenta contra a integridade física e a principalmente contra a vida das pessoas que vivem em coletividade. Quando nos remetemos ao Contrato Social de Rousseau em 1762, especificamente ao Pacto Social, onde ele expõe a transição do homem de seu estado natural para seu estado civil, e a necessidade de viver em sociedade em prol de segurança, percebe-se que na atual conjuntura ainda há muito o que se fazer.

A crise estrutural que aumentou o desemprego, trouxe como consequência o aumento da desigualdade e exclusão social, por isso leis não são suficientes para sua contenção, tão pouco a criação de mais penitenciárias e prisões, mas sim faz-se necessário fortalecer as políticas sociais e garantir direitos, entretanto o cenário vigente no país, está indo na contramão desse processo.

A violência aumentou de maneira significativa em todo território brasileiro, ao passo de que muitas das capitais brasileiras estão nas listas das que possuem altos índices de periculosidade. Segundo dados apresentados por Barbosa (2016), oriundos da Organização Não-Governamental mexicana Conselho Cidadão para Segurança Pública e Justiça Penal, das 50 cidades mais perigosas do mundo, 16 são brasileiras.

Nesse íterim de violência, a população carcerária cresceu de maneira exponencial, ao passo de que as prisões enfrentam problemas como superlotações, e com isso, são constantes as denúncias de violações de direitos nos ambientes prisionais, apesar de que deveriam ser instituições nas quais o indivíduo que cometeu algum delito deveria ser preparado para ser reinserido na sociedade.



No entanto, o que tem ocorrido é o crescimento das organizações criminosas, cujo surgimento no Brasil remete-se ao cangaço, e no último decênio ganhou muita força, o que os fez diversificar suas atividades. A situação do crime organizado no Brasil é grave, sobretudo no que diz respeito ao narcotráfico, à indústria dos sequestros, à exploração de menores, com evidentes conexões internacionais, que também envolve a lavagem de dinheiro e vitimam milhares de pessoas em todo território nacional.

No Amazonas, a atuação dessas organizações tem atingindo a população de modo certeiro, que sofrem com suas intempéries, inclusive nos últimos acontecimentos que chocaram a sociedade como um todo, como foi a rebelião no início do ano de 2017, onde 56 detentos foram assassinados pela Organização autointitulada Família do Norte, popularmente conhecida pela sigla FDN.

Diante desse contexto, o objetivo geral desse estudo é abordar as ações do crime organizado no sistema prisional do Estado do Amazonas, que tem como objetivos específicos: caracterizar o sistema prisional do Amazonas; identificar as facções criminosas existentes no Estado do Amazonas; desvelar as consequências do crime organizado dentro do Sistema Prisional no Amazonas.

Para atribuir ao presente trabalho o status de cientificidade requerido, estabeleceu-se que o estudo possui abordagem dedutiva, com procedimento descritivo e comparativo, utilizando a técnica bibliográfica como documentação indireta.

Foram utilizados como fontes de pesquisa livros, como os dos seguintes autores: Cunha e Pinto (2014), Santos (2002) e SMWJ (2017) oriundos dos acervos das bibliotecas setoriais de direito da Universidade Nilton Lins, Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Além disso, pesquisas foram realizadas em revistas eletrônicas nacionais e jornais locais que abordam a violência no Brasil e no Estado do Amazonas, salientado a questão do crime organizado e os últimos acontecimentos sobre essa temática, onde encontrou-se os autores Conceição (2013), Silva (2011), Campos (2010), entre outros.

## **2. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA**

Se no início da história humana, a violência funcionou como força motriz para garantir a sobrevivência da espécie humana, no que se refere a caça e para a defesa de seus territórios (CONCEIÇÃO, 2013), nas sociedades hodiernas a situação não funciona dessa maneira. Em nome da segurança, o homem a liberdade, pela vida em coletividade, e hoje, a sociedade dispõe de outros mecanismos que objetivam defender esse modo de vida.

E o Estado é o responsável pela manutenção da sociedade, bem como sua mediação, por meio das leis, estatutos e normativas, porém as relações sociais são permeadas por complexidades que fogem ao controle do poder do público. Nesse sentido, Gomes (2004) apud Araújo e Fonseca (2015, p.97) citam Rousseau:

[...] o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele, logo, deve morrer como tal". Enquanto Hobbes: compreende que: "em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo.

Essas ideias foram propostas no século XVII, Rousseau e Hobbes são filósofos e teóricos políticos, responsáveis por teorias que visam compreender a vida em coletividade. É claro que não se pode trazer para os dias atuais a ideia de que a punição deva ser a pena capital, mas a citação é importante para ilustrar a forma como o tratamento dessa questão evoluiu ao longo dos anos.

Não se pode pensar na sociedade como sendo uma dicotomia entre ordem e caos, pois existem fatores econômicos, políticos e sociais que formam uma conjuntura que interfere de maneira direta na calma ou desordem promovida por um determinado contingente populacional. A criminalidade tem evoluído, e atingiu ápices inconcebíveis, reforçados pelo próprio tratamento dispensado pelo Estado aqueles que cometem delitos. Acerca dessa questão, Santos (2002, p.24) aborda que no que respeita à promessa de liberdade, as violações dos direitos humanos em países vivendo formalmente em paz e democracia assumem proporções avassaladoras. Quinze milhões de crianças trabalham em regime de cativeiro na Índia e a violência policial e prisional atinge o paroxismo no Brasil e na Venezuela.

Entretanto, o contrário é o que prevalece. Santos menciona o termo paroxismo, e pode ser entendido como algo que é agudo ou que está sofrendo intensa dor, ou seja, a violência dentro do sistema prisional brasileiro foi agudizada, o que fomentou o crescimento do crime organizado no país.

## **2.1 Conceito de Organização Criminosa**

A imprensa tende a denominar diversas atividades criminosas como crime organizado, sobretudo aquelas que se referem ao tráfico de entorpecentes. Porém essa confusão acontece porque, em geral, o mercado de drogas possui o seu nível de organização, mesmo que seu controle ou gestão não seja realizada por uma determinada facção criminosa.

Entretanto, nem todos os indivíduos que cometem esse tipo de delito são organizados, existem os desorganizados, que geralmente são os que atuam no varejo. Sendo assim, é válido ressaltar que a lei nº 12.850/13, em seu artigo 1º, parágrafo 1º, aborda que:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Esse conceito é importante para se compreender o que pode ser denominado como crime organizado, tendo em vista que, conforme Araújo e Fonseca (2015), “nota-se a dificuldade de encontrarmos uma definição capaz de sintetizar com precisão o que seja crime organizado”.

O autor considera que o direito penal deve levar em consideração as questões que dão origem a esse fenômeno criminológico, cujas raízes são sociais, sendo assim, a categoria “organização criminosa” não pode ser analisada isoladamente de todos os fatores que a permeiam.

Nesse contexto, Araújo e Fonseca (2015, p.99), defendem que “a criminalidade organizada é um fenômeno cambiante, constituído em uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas”. Ou seja, as vítimas não sofrem os danos imediatamente e não pertencem a um grupo específico de pessoas. Além disso, o autor afirma que essa atividade criminosa tem campos férteis para sua proliferação, e vários meios de disfarce e simulação.

Quanto a caracterização do crime organizado, Mingardi (2007, p.56) cita as seguintes características: “1. Hierarquia. 2. Previsão de lucros. 3. Divisão do trabalho. 4. Planejamento empresarial. 5. Simbiose com o Estado”. Essas características são inerentes das atividades empresariais, e foram aplicadas por facções criminosas afim de aumentar seus domínios e lucratividade.

Como exemplo da “confusão” em relação ao conceito de organização criminosa, o mercado de entorpecentes paulista, que até pouco tempo, possuía “pequenas bocas de fumo”, nome popular do ponto onde são realizadas vendas de drogas ilícitas, administradas por pessoas que não eram ligadas a nenhuma organização criminosa, por isso não podia assim ser designada, mas recentemente passaram a ser gerenciadas pelo Primeiro Comando da Capital (PCC), uma facção criminosa conhecida no Sudeste do Brasil, que atua em várias regiões do país (MINGARDI, 2007).

Outro ponto importante, levantado por Araújo e Fonseca (2015), acerca das organizações criminosas, é o seu nível de estruturação extremamente organizado que se configuram como uma espécie de “força paralela ao Estado”, tendo como exemplo a comunidade da Rocinha no Rio de Janeiro, onde os comerciantes pagam uma espécie de “imposto” para o traficante que comanda a área.

E em muitos casos, esses criminosos conseguem cooptar agentes públicos nos mais diversos níveis hierárquicos do governo, ferindo gravemente o estado democrático de direito. É claro, que as organizações criminosas não surgiram com toda essa força e influência, foram crescendo de maneira paulatina, suas origens remetem-se a uma história não tão recente do Brasil, conforme será abordado no tópico a seguir.

## **2.2 Contexto Histórico das Organizações Criminosas no Brasil**

Em relação a gênese do crime organizado no Brasil, os autores divergem. Uns acreditam que suas origens estão fincadas no Cangaço, que segundo Francisco (2017), foi um movimento social que surgiu no sertão do Nordeste, no fim do século XIX. O grupo era formado por empregados, capangas e jagunços dos donos de extensas áreas de terras.

Suas motivações pautavam-se na disputa de terras, coronelismo, e sobretudo na revolta contra a miséria que assolava o Nordeste, e o descaso por parte do Estado em resolver a situação da extrema pobreza, falta de água, insegurança e aos demandas dos donos de terras, que impunham suas regras contra seus funcionários e a população pobre dos municípios. Esse grupo cometia crimes como roubos, furtos, sequestro e até mesmo assassinatos, sendo temidos em toda a região.

Santos e Campos (2010) corroboram que o Cangaço se encaixa na categoria de crime organizado porque, se organizavam de forma hierárquica, e mantinham relações com fazendeiros, políticos e policiais corruptos, com os quais conseguiam obter as armas e munições para cometerem seus crimes.

No entanto, Santos e Campos (2010), afirmam que para outros autores, o crime organizado teve início no país com a proibição do “jogo do bicho”, pois mesmo sendo contravenção, continuou sendo realizado, contando com o apoio de políticos e policiais corruptos. Porém, as autoras salientam que não pode ser considerado crime, porque trata-se de uma contravenção, porém configura-se como um importante mecanismo de lavagem de dinheiro, que é um tipo de crime.

Santos e Campos (2010) levantam a hipótese que a origem está nas prisões de presos políticos, em decorrência da Lei de Segurança Nacional, que se opuseram ao regime militar imposto no Brasil a partir de 1964, que ao dividirem o mesmo espaço que presos comuns, passaram seus conhecimentos acerca de hierarquia, organização e táticas de

guerrilhas. O que conforme a autoras fez surgir “uma nova mentalidade criminosa que foi posteriormente reforçada pelos modelos estrangeiros de atuação delituosa” (Santos e Campos, 2010, p.08).

Acerca da passagem de conhecimentos, não existe um consenso, se estes foram passados de forma voluntária ou involuntária, mas é fato que as consequências foram desastrosas para a sociedade. Sobre essa questão, SMW, J463 (2017, p11) salienta que:

Os efeitos negativos que esses grupos de criminosos provocam no país são imensamente nefastos, e se constituem em um dos maiores problemas para a segurança geral de todos, bem como, para a construção de uma estrutura social e institucional, que seja suficiente para garantir o fortalecimento da nação, através das regras definidas e conhecidas de condutas, e criando uma cultura fundamentada no esforço e no mérito.

Desde então, os crimes passaram a ser planejados e obtiveram sucesso em suas realizações, e o conhecimento foi repassado para outros criminosos e assim de maneira sucessiva. Conforme os anos foram se passando, os métodos de organização foram sendo modernizados, atendendo inclusive as características preconizadas pela teoria da Administração, conforme fora abordado no tópico anterior.

Nesse processo, entre as décadas de 70 e 90, nasceram as organizações criminosas mais violentas do Brasil, cuja principal similaridade é que todos surgiram nas prisões, locais onde esse tipo de comportamento devia ser coibido, no entanto tornaram-se campo propício para o surgimento desse tipo de atividade ilícita.

Dentre as principais Organizações Criminosas existentes no Brasil, destacam-se a Falange Vermelha, cujo local de origem é o presídio de Ilha Grande, formada por quadrilhas especializadas em roubos a banco; Comando Vermelho, surgiu no presídio de Bangu I, formada por traficantes de entorpecentes. Possui uma peculiaridade em sua gênese, pois se pautava em ideias socialistas, e assim realizavam crimes e faziam mutirões nas comunidades fluminenses. Porém, atualmente é gerenciada por uma geração violenta, cujas crenças atrelam violência social a liberdade, paz e justiça (CAMPOS e SANTOS: 2010).

O Terceiro Comando foi criado também no Presídio de Bangu I, é oriunda do Comando Vermelho, formada pelos integrantes que não concordavam com os crimes praticados pelo Comando Vermelho; O Primeiro Comando da Capital (PCC), por sua vez,

---

463 O nome do autor foi suprimido por questões de segurança e os dados bibliográficos foram simplificados, conforme consta na ficha catalográfica da obra.

surgiu em 1993 no interior do presídio de Segurança Máxima em Taubaté, tendo como principais atividades criminosas: patrocínio de rebeliões e resgates de detentos, roubos a bancos e a carros fortes, extorsões de familiares de presos, sequestro e tráfico de entorpecentes com conexões internacionais, sendo umas das mais violentas e famosas organizações criminosas do país (CAMPOS e SANTOS: 2010).

A seita satânica surgiu em 1994, e tem como local de origem a Casa de Detenção de São Paulo. Suas atividades tinham objetivo promover a cura de viciados em entorpecentes, ajudar com problemas financeiros, processuais e com a família, além de fornecer apoio ao detento em casos de doença. Entretanto os auxílios possuem um preço: quando o indivíduo estiver em liberdade deve libertar “seu pai espiritual” da prisão; (CAMPOS e SANTOS: 2010).

O Comando Democrático pela Liberdade – CDL foi criado em 1996 na Penitenciária Estadual Dr. Luciano de Campos no município de Avaré em São Paulo, cujo objetivo é promover assessoramento jurídico, além de levar empresas para utilizar o trabalho dos detentos nos presídios; e por fim, o Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade (CRBC) a facção surgiu em 1999, em Guarulhos, formada por integrantes oriundos do PCC, cuja atividade centra-se em financiar o resgate de seus integrantes das penitenciárias (CAMPOS e SANTOS: 2010).

A criação dessas organizações criminosas no sistema prisional deixa clara a ausência do Estado, no que se refere a políticas penitenciárias que promovam de fato a reinserção dos indivíduos, por meio de trabalho, estudo e outras atividades. Na verdade, o sistema penitenciário brasileiro possui condições favoráveis para a criação dessas organizações, além de receber apoio de políticos e policiais corruptos que tem fornecido apoio fundamentais para suas atividades criminosas.

### **3 MARCO LEGAL PARA ENFRENTAMENTO DO CRIME ORGANIZADO NO BRASIL**

Diante dessa realidade, e com o sofrimento imposto a sociedade brasileira, por meio de intensas ações por parte do crime organizado, tornou-se perceptível a necessidade da criação de novos dispositivos legais que abordassem esse tipo de crime. E nesse aspecto, em 1995, foi criada a lei nº 9.034/95, com o objetivo de, segundo seu artigo 1º:

Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. (Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001).

Inovou ao reconhecer o crime organizado, dispor sobre a utilização de meios operacionais para prevenir e reprimir os atos realizados pelas organizações criminosas, mas os legisladores falharam quando não o conceituaram. Por isso, houve a necessidade dos legisladores preencherem o vácuo deixado pela lei, e assim convencionou-se utilizar o conceito estabelecido pela Convenção de Palermo, que de acordo com Silva (2012, p.139):

A Convenção de Palermo adotada em Nova York em 15 de novembro de 2000, em seu art. 2º, alínea "a", apresentou linhas gerais conceituais das Organizações Criminosas. Referida Convenção foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 5.015/2004, com base no Decreto Legislativo nº 231/2003, tendo assim a mesma paridade de uma lei ordinária, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, e constitui uma norma penal interpretativa, cuja finalidade é reforçar o combate contra as Organizações Criminosas no âmbito nacional e internacional.

Essa solução encontrada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sofreu duras críticas, porque por mais que o Brasil seja signatário da Convenção de Palermo, não se trata de uma lei regulamentada no território brasileiro. Acerca dessa situação, Gomes (2009) apud Cunha e Pinto (2014, p.12), apontam três vícios no citado acordão:

1º a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica e viola a garantia da taxatividade [...], que é uma das garantias emanadas do estado da legalidade; 2º a definição dada vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno; 3º definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia [...] permanecendo atípica a conduta.

Com isso o autor quis dizer que o crime deve estar definido na própria norma incriminadora, porque os tratados e convenções são fontes diretas do direito internacional penal, mas não serve como base normativa acerca do direito penal interno. O argumento foi acolhido pelo Ministro Marco Aurélio.

Diante desse quadro, e da necessidade de conceituar a organização criminosa, tendo em vista o aumento crescente dessas atividades no território brasileiro, em 2012, foi publicada a Lei 12.694, que ao estabelecer um conceito, fez cessar qualquer discussão a esse respeito. Para comparar as diferenças entre a Convenção e a lei nº 12.694/12, segue tabela 01:

**TABELA 01: DIFERENÇAS E SIMILARIDADES ENTRE A CONVENÇÃO E A LEI Nº 12.694/12**

<b>CONVENÇÃO DE PALERMO</b>	<b>LEI Nº 12.694/12</b>
Grupo estruturado de no mínimo três pessoas	Associação de três ou mais pessoas
Existência há um tempo e atuação concertadamente.	Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, mesmo que de maneira informal.
Intenção de obter, de maneira direta ou indireta, benefício econômico ou benefício material.	Objetivo de obter, de maneira direta ou indireta, qualquer tipo de vantagem.
Propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção.	Prática de crimes cujas penas máximas seja igual ou superior a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional.

Fonte: Cunha e Pinto: 2017, p.13.

Além disso, estabeleceu também as disposições referentes ao processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados pelas organizações criminosas, porém deixou um vácuo quando não estabeleceu um tipo penal para os integrantes da organização, fato posteriormente superado com a criação da lei 12.850/13.

**TABELA 02: DIFERENÇAS E SIMILARIDADE ENTRE AS LEGISLAÇÕES DE 2012 E 2013 SOBRE CRIME ORGANIZADO NO BRASIL**

<b>LEI Nº 12.694/12</b>	<b>LEI Nº 12.850/13</b>
-------------------------	-------------------------



Associação de três ou mais pessoas	Associação de quatro ou mais pessoas
Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, mesmo que de maneira informal.	Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, mesmo que de maneira informal.
Objetivo de obter, de maneira direta ou indireta, vantagem de qualquer natureza	Objetivo de obter, de maneira direta ou indireta, vantagem de qualquer natureza
Prática de crimes cujas penas máximas seja igual ou superior a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional.	Prática de crimes cujas penas máximas seja igual ou superior a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional.

Em suma, a lei passou a exigir a participação de no mínimo quatro pessoas para que o grupo seja considerado como organização criminosa, sendo que a lei anterior previa o quantitativo de três pessoas, além disso a organização segue o mesmo objetivo, porém mediante a prática de infrações penais, abrangendo as contravenções, com penas máximas iguais ou superiores a 4 anos. Entretanto, somente a lei 9.034/95 foi revogada.

#### **4 SISTEMA PRISIONAL E AS FACÇÕES CRIMINOSAS**

A existência do sistema penitenciário está ligada a pena imposta, após o julgamento, a qualquer indivíduo que tenha cometido algum tipo de transgressão das normas sociais, que por sua vez, são juridicamente constituídas, onde é estabelecido o castigo (penalidade) e a reparação do dano praticado a pessoa ou a coletividade (GARUTTI e OLIVEIRA, 2012).

O sistema penitenciário é formado pelos estabelecimentos prisionais, onde os indivíduos que são condenados ou, devido à natureza do delito cometido, que estão

aguardando julgamento. No Brasil, a Lei de Execução Penal, n.º 7.210/84 estabeleceu cinco espécies de estabelecimentos prisionais, conforme explica Garutti e Oliveira (2012).

[...] Art.87, a) penitenciária – destinada aos condenados à pena de reclusão, em regime fechado; b) Colônia Agrícola, Industrial ou Similar - são estabelecimentos construídos para abrigar os presos de justiça cujo cumprimento da pena seja em regime semiaberto (Art. 91); c) Casa do Albergado - destina-se aos presos de justiça cujo cumprimento de pena privativa de liberdade seja em regime aberto e a pena de limitação de final de semana. Nesses estabelecimentos os presos trabalham normalmente durante o dia e recolhem-se à noite (Art. 93); d) Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico – são estabelecimentos destinados aos inimputáveis e semi-inimputáveis (Art., 99), ou seja, as pessoas portadoras de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, desde que comprovado que o agente era portador dessa doença quando da prática da transgressão criminal e que era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. (Art.26); e) Cadeia Pública - são estabelecimentos prisionais construídos próximos de centro urbano destinado a presos provisórios, ou seja, antes da sentença condenatória definitiva (Art.102).

Em tese, nesse período de reclusão, o sistema deveria trabalhar para que o indivíduo seja ressocializado na comunidade depois do cumprimento de sua pena, tendo acesso à educação, exercendo atividades laborais e com isso garantindo a progressão de sua pena, e podendo trabalhar para que não se torne reincidente na criminalidade. Kirst (2008, p.02) apud Kuhnen et al. (2013, p.03) apontam que:

De acordo com vários dispositivos presentes na Lei de Execução Penal, bem como em disposições constitucionais, são fundamentos os quais tem por objetivo garantir os direitos e tratamento digno aos delinquentes. No entanto, não é o que acontece. "As garantias estão legalizadas, consolidando a ideia de serem respeitadas e estendidas a todos, mas não há apreço por parte da sociedade e do Estado, encontrando-se a massa carcerária totalmente desprovida de atenção e consideração.

No entanto, efetivamente, o que ocorre com os detentos no sistema penitenciário, sobretudo nas penitenciárias, onde ficam os detentos que estão em regime fechado, quando são colocados nessas instituições se deparam com um ambiente permeado por tratamentos desumanos, onde seus direitos básicos são negligenciados, e o mais agravante é a exposição constante a situações de violência, como tortura, agressões, entre outras situações.

O presente sistema carcerário brasileiro está cada vez mais crítico. Quando mandado para um presídio, o indivíduo está exposto, devido às circunstâncias precárias

em que o presídio se encontra, a inúmeros problemas, sendo alguns deles: celas lotadas, rebeliões em massa, falta de assistência básica à saúde, fugas, dentre outros. Neste contexto, convém ressaltar que a transmissão de doenças, como a tuberculose, a hepatite e a AIDS, é um fato muito comum, uma vez que em um ambiente sem circulação de ar, sem condições básicas de higiene o detento fica mais vulnerável a contrair tais enfermidades. Dessa forma, como o indivíduo não tem assistência para estes empecilhos de saúde, na maioria dos casos, ele acaba falecendo antes mesmo de ter cumprido sua pena. (KUHNNEN et al, 2013, p.02).

Dentro das penitenciárias ocorrem situações que violam os direitos humanos, dentre as quais destacam-se a superlotação das celas, precariedade, ambiente insalubre propício para proliferação de doenças, além do sedentarismo, facilidade para o uso de substâncias psicoativas, propiciando que o detendo seja acometido por alguma doença ou sofra algum tipo de violência por parte de outros presos. Assis (2007), aponta que:

[...] entre os próprios presos a prática de atos violentos e a impunidade ocorrem de forma ainda mais exacerbada. A ocorrência de homicídios, abusos sexuais, espancamentos e extorsões são uma prática comum por parte dos presos que já estão mais "criminalizados" dentro do ambiente da prisão e que, em razão disso, exercem um domínio sobre os demais presos, que acabam subordinados a essa hierarquia paralela. Contribui para esse quadro o fato de não serem separados os marginais contumazes e sentenciados a longas penas dos condenados primários.

Os presos que sofrem com qualquer tipo de violência dentro das penitenciárias não denunciam as agressões sofridas por medo de represália, e assim fomenta-se um ciclo de impunidade, onde prevalece a lei do mais forte e o silêncio é um imperativo a ser seguido por todos no âmbito prisional.

E essa realidade é conhecida pela população, por meio da mídia, que além de passar uma visão equivocada acerca dos detentos também fomenta, que estar preso não é suficiente como forma de punição para esses indivíduos, é necessário, segundo o ideário do senso comum, que também estejam sofrendo, sem pensar nas consequências que isso pode gerar para a própria sociedade. Salienta-se que o detento, está sob a tutela do Estado, e sendo assim deveria ser resguardo por ele, e não poderia ter sua integridade física sequer ameaçada (KUHNNEN et al., 2013).

Esse contexto, é favorável para o surgimento das organizações criminosas, porque os detentos acabam se "filiando" as facções criminosas em busca de proteção contra a opressão, violência, além da falta de assistência constante dentro das prisões brasileiras.

Com isso, essas facções tendem a tornarem cada vez maiores, e assim a forma como as penitenciárias funcionam, ao invés de amenizar a criminalidade, tendem a fortalecer, sobretudo as organizações criminosas, que utilizam esse espaço estatal para criar suas estratégias para executarem seus crimes (PELEGRINO, 2017).

O Estado acaba favorecendo o crescimento das organizações criminosas ao negligenciar seus deveres com esse segmento, conforme previsto na Lei de Execução Penal que preconiza o tripé composto por: estudo, trabalho e progressão. Além disso, deve-se assegurar a integridade física do detento, inclusive separando os por nível de periculosidade. E principalmente, estabelecer ações que recuperem o indivíduo, para que este não tenha a necessidade de filiar-se a qualquer tipo de organização criminosa, em busca de uma proteção, que na prática não existe.

## **5 PANORAMA DA ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO AMAZONAS**

A população amazonense vem sendo duramente golpeada, sofrendo com problemas estruturais, cujas soluções são propostas há décadas, mas sem nenhum resultado prático e objetivo. Pessoas sem trabalho, desemprego estrutural, e o desejo de consumir fomentado pela ideologia dominante configuram como um cenário favorável para atos criminosos. Acerca disso, SMW, J (2017, p10), aborda que:

[...] essa situação, que conjuga no mesmo tempo e lugar, um sistema criminoso de corrupção, política persistente e um sistema monstruoso de organizações criminosas que traficam drogas, parece ser inédita na história dos Estados modernos, e carece de uma ampla investigação sobre quais seriam suas principais causas, que certamente deve estar relacionada com a alta desigualdade social do país, pela ausência de punição efetiva para quem comete esses crimes e na ineficiência do poder público para criar mecanismos que limitem ou anulem o poder que essas organizações dispõem.

A taxa de criminalidade aumentou de maneira significativa no Amazonas, sobretudo em sua capital. Manaus, uma das maiores capitais do Brasil, cujo contingente populacional ultrapassa o quantitativo de 2 milhões de habitantes, uma das ricas do país, contribuindo de maneira significativa com o Produto Interno Bruto (PIB).

O Estado tem sofrido duras perdas para as organizações criminosas, principalmente para a Família do Norte, vulgo "FDN", que conforme SMW, J (2017, p.15):

[...] é apenas uma das muitas organizações que mantém uma superestrutura logística no Estado, voltada para o tráfico de drogas e para outros crimes, que passou a monopolizar as notícias nacionais

pelo fato de ter planejado o assassinato cruel e impiedoso de membros de uma facção rival.

O mais alarmante de toda essa questão consiste no fato de que ocorreu dentro de uma penitenciária, e todos estavam sob a tutela do Estado, ou seja, cabia ao poder público manter a integridade física e sobretudo a vida dos detentos que foram assassinados no episódio fatídico ocorrido no início de 2017 na cidade de Manaus.

Diante desse cenário, faz-se necessário identificar quais são as organizações criminosas que atuam no Estado, a sua forma de cooptação e atividades, pois suas ações têm interferido na vida de milhares de habitantes do Estado, que a cada dia ficam estarecidos ao ler os jornais e constatarem a quantidade de pessoas assassinadas em decorrência do tráfico de drogas. No entanto, SWM, J (2017) aborda o processo de naturalização da violência, ou seja, as pessoas veem a violência como um fator inerente a sociedade.

O fato é que os altos índices de violência resultam num aumento significativo da população carcerária no Amazonas, e as penitenciárias tem se tornado o lugar de “filiação” dos detentos as facções criminosas que predominam no Estado do Amazonas.

### **5.1 O Sistema prisional do Amazonas**

O Sistema Penitenciário do Amazonas é composto por 21 unidades prisionais, sendo que o maior quantitativo de unidades se situam na cidade de Manaus, que são responsabilidade da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAP), conforme tabela abaixo:

---

**TABELA 03: UNIDADES PRISIONAIS DO  
AMAZONAS**

---

Casa do Albergado de Manaus	É um estabelecimento de segurança mínima, destina-se ao cumprimento de penas em regime aberto e da pena de limitação de fim de semana
-----------------------------	---

---

Central de Recebimento e Triagem –	É responsável pela triagem e cadastro
------------------------------------	---------------------------------------

---

CRT	dos internos que chegam no sistema.
Centro de Detenção Provisória Masculino – CDPM	Abriga os detentos à espera de julgamento
Complexo Penitenciário Anísio Jobim – Compaj	Abriga os detentos que cumprem sua pena em regime fechado.
Complexo Penitenciário Anísio Jobim Semiaberto – Compaj Semiaberto	Abriga os detentos que cumprem sua pena em regime semiaberto.
Instituto Penal Antônio Trindade – Ipat	Estrutura de segurança máxima que abriga presos provisórios
Unidade Prisional do Puraquequara – UPP	Estrutura de segurança que abriga presos provisórios
Centro de Detenção Provisória Feminino – CDPF	Estrutura que abriga presas provisórias

Fonte: SEAP, 2017

Ao total, são 10 unidades prisionais voltadas para o segmento masculino. Um dos maiores problemas apresentados nessas unidades é a superlotação. De acordo com os registros da SEAP, o Centro de Detenção Provisória de Manaus (CDPM), cuja capacidade é de 568 detentos, está abrigando um quantitativo de 1.568 presos. A Unidade Prisional do Puraquequara (UPP), com capacidade para abrigar 626 detentos, está abrigando 1.546 detentos (SEAP, 2017; G1, 2017).

No Complexo Penitenciário Anísio Jobim – Compaj, do Regime Fechado, que tem capacidade de 454 vagas, abriga 1.224, e o Instituto Penal Antônio Trindade (IPAT) com

capacidade para 496, abriga 1.202 detentos. A Casa do Albergado possui um quantitativo de 900 presos, não tem como mensurar sua superlotação, porque a SEAP não informou a quantidade de vagas dessa unidade prisional. E o Compaj Semiaberto tem capacidade de 138 presos, mas está abrigando 602 detentos (SEAP, 2017; G1, 2017).

Não é objetivo do autor desmerecer as universidades, tão pouco as titulações duramente conquistadas pelos acadêmicos, mas sim mostrar como as organizações criminosas tem trabalhado para se tornarem cada vez mais eficazes no mundo do crime.

Diante do exposto, fica claro que as unidades prisionais, principalmente a unidade voltada para abrigar detentos que estão cumprindo pena em regime fechado, são terrenos férteis para as organizações criminosas, devido as suas más condições, que ferem a dignidade humana, e assim, as facções são vistas como único viés para os detentos que estão sendo negligenciados pelo poder público, e isso gera consequências que afetam toda a sociedade.

## **6 CONSEQUÊNCIAS DO CRIME ORGANIZADO DENTRO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO AMAZONENSE**

As organizações criminosas ganham força dentro das penitenciárias, que acabam funcionando como forma de captação de novos membros, e para afirmar seu poder dentro das unidades prisionais, muitas vezes, mostram sua força por meio de ações violentas contra membros de facções rivais.

Para ilustrar esse processo, explana-se acerca do massacre promovido no início de 2017 no Complexo Penitenciário Anísio Jobim – Compaj Regime Fechado, que sofre problemas sérios com a superlotação, conforme exposto no primeiro item deste capítulo. Ocorreu uma ruptura entre as facções Comando Vermelho (CV) do Rio de Janeiro e Primeiro Comando da Capital (PCC) de São Paulo, atuantes em vários Estados, o que deu início a uma guerra pelo controle nacional do tráfico de drogas do país (STOCHERO, 2017).

A Família do Norte (FDN) que trabalha em parceria com o Comando Vermelho (CV), em represaria a facção rival, matou 56 supostos membros do Primeiro Comando da Capital, promovendo uma verdadeira barbárie, chocando o país inteiro, devido aos requintes de crueldade com o quais os assassinatos foram executados: como decapitações e esquartejamentos, e depois corpos empilhados e queimados (STOCHERO, 2017).

Essas ações foram filmadas por membros da Família do Norte, por meio de celulares e amplamente compartilhados por meio das redes sociais, como forma de afirmarem seu poder e mostrarem sua capacidade de violência. A rebelião durou 17 horas, além das mortes, resultou também na fuga de diversos detentos (STOCHERO, 2017).

Não se tem a exata certeza de que todos os detentos que foram mortos nessa rebelião eram membros do Primeiro Comando da Capital (PCC), facção rival da FDN. Durante a rebelião foi invadida uma ala onde ficavam detentos que tendem a ser hostilizados por outros detentos devido à natureza do delito que eles cometeram, como é o caso dos estupradores.

Todos esses indivíduos foram executados estando sob a tutela do Estado, que mesmo sem ter a pena capital como penalidade prevista na Lei de Execução Penal, encontraram seus algozes entre os próprios presos, e o poder público não conseguiu sequer assegurar a integridade física desses detentos que foram mortos com extrema crueldade e violência. SMW,J (2017) aborda que:

Nessa situação gritante, o Estado não tem conseguido diminuir o índice de cometimento de vários crimes, principalmente os relacionados aos tráficos de drogas e homicídios. Não tem evitado o aparecimento do sistema de vingança, principalmente dentro de seus próprios órgãos policiais, tem sido um desastre na tentativa de ressocialização dos presos, considerados recuperáveis e com alguma qualificação profissional.

Esse episódio, além de outros que resultaram em morte de detentos em dias posteriores ao massacre no Compaj Regime Fechado deixaram explícita a falha do poder público no trato dessa questão, mostrando a ineficiência do Estado em promover a ressocialização dos detentos. Além disso, criou-se na sociedade uma cultura de medo da facção FDN, que por sua vez, tem intensificado suas ações violentas em todo o Estado, sobretudo em Manaus.

## **7. CONCLUSÃO**

O Estado é o primeiro a falhar nesse processo. De maneira macroestrutural, quando não assegura o acesso da população aos direitos sociais, pois é, fidedignas a relação entre a desigualdade social e a violência. A segunda falha ocorre quando um indivíduo é preso, independente do crime que tenha cometido, se depara com uma realidade na qual existe desassistência, opressão e desproteção.

A legislação assegura que os detentos sejam separados de acordo com o seu grau de periculosidade, para que tenham a chance de se recuperarem e possam ser reinseridos na sociedade, após o cumprimento de sua pena, entretanto não existe essa chance, pois a violência impera nos presídios, e o detento é compelido a se filiar numa organização criminosa quando entra numa penitenciária. Assim, esses detentos são manipulados pelos líderes das facções, que mesmo estando sob custódia, comandam a rede de tráfico de dentro das penitenciárias, garantindo seu poder e o constante recrutamento de novos



membros dentro das prisões. A negligência do Estado dentro das prisões, tende a colaborar com o fortalecimento das organizações criminosas. Diante desse quadro, fica claro que o combate as organizações criminosas, deve ter como ponto de partida melhoras nas condições estruturais e sobretudo a segurança nos presídios, promovendo o acesso dos detentos à educação e ao trabalho, para que estes não se sintam pressionados a fazerem parte dessas organizações, tendo a certeza que serão protegidos pelo Estado. Esse seria o primeiro passo para solucionar esse problema.

O segundo seria a criação de uma política de segurança, cujo foco seja a desarticulação da estrutura organizacional e financeira das facções criminosas, com ações dentro e fora dos presídios, e para tanto seria necessário o fortalecimento da polícia, bem como seu setor de inteligência e investigação, que deveriam trabalhar em conjunto com os gestores das unidades prisionais, o Ministério Público e sistema judiciário. Os resultados não seriam imediatos, mas a longo prazo essas organizações perderiam sua força.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damasceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. Direito Penal. **Direito Net.** 29/05/2007. Disponível em: < <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema-penitenciario-brasileiro> > Acesso em: 02/06/2021.

ARAÚJO, Jacques Nogueira. FONSECA, Vicente. Crime Organizado no Brasil: Relatos de um Policial Militar. Hegemonia – **Revista Eletrônica de Relações Internacionais do Centro Universitário Unieuro.** ISSN: 1809-1261. UNIEURO, Brasília, número 15, 2015, pp. 93-116. Disponível em: < [http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/Jacques%20Ara%C3%BAjo%20e%20Vicente%20Fonseca%20\(5\).pdf](http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/Jacques%20Ara%C3%BAjo%20e%20Vicente%20Fonseca%20(5).pdf) > Acesso em: 27/05/2021.

BARBOSA, Vanessa. As 50 cidades mais violentas do mundo em 2016. Publicado em 28/01/2016. **Revista Exame.** Disponível em: < <https://exame.abril.com.br/mundo/as-50-cidades-mais-violentas-do-mundo-21-delas-no-brasil/> > Acesso em: 30/05/2021.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm) > Acesso em: 02/06/2021.

Lei nº12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm) > Acesso em: 27/05/2021.

CAMPOS, Lidianny Mendes. SANTOS, Nivaldo dos. O Crime Organizado e as prisões no Brasil. **Programa de Pós-graduação em Ciência Penais**. UFG. 2010. Disponível em: [https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/O%20Crime%20Organizado%20e%20as%20prisões%20no%20Brasil\(1\).pdf](https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/O%20Crime%20Organizado%20e%20as%20prisões%20no%20Brasil(1).pdf) > Acesso em: 30/05/2021.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**: Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado. 3. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 201

SILVA, Louise Rejane de Araújo. O Conceito Jurídico do Crime Organizado após a Convenção de Palermo. **Revista Ministério Público do Estado do Pará**. PA, Belém, n. 6, p. 1-300, 2011. Disponível em: < <http://biblioteca.mppa.mp.br/phl82/capas/Con139.pdf> > Acesso em: 02/05/2021.

STOCHERO, Tahiane. Entenda: o que a disputa nacional entre facções tem a ver com a barbárie no presídio do Amazonas. **Portal G1**. 03/01/2017. Disponível em: < <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/entenda-o-que-a-disputa-nacional-entre-faccoes-tem-a-ver-com-a-barbarie-no-presidio-do-amazonas.ghtml> > Acesso em: 25/05/2021.

## **LICITAÇÃO E AS INOVAÇÕES DECORRENTE DA PANDEMIA CAUSADA COVID-19.**

**PEDRO HENRIQUE NUNES DE CARVALHO:**

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Una.

**Resumo:** Em vista, da atuação da administração pública no combate a pandemia que assombrou todo o mundo, e as mudanças adotados de forma emergencial pela administração pública no processo licitatório, mostra-se de suma importância o presente artigo científico, tendo em vista, o propósito deste em transmitir para os meus colegas do Direito e para o público geral, as alterações ocorridas na execução de atos públicos, e as principais inovações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2020 no enfrentamento à pandemia de COVID-19. Em vista, das alterações ocorridas na licitação como a dispensa dos estudos prévio para a contratação de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência da covid-19, será discutido como problema de pesquisa a segurança jurídica dos atos administrativos praticados com a dispensa do procedimento licitatório. Antes disso, e como objetivo para um maior entendimento do presente artigo científico, é indispensável definir licitação, suas características, os princípios que regem o processo licitatório e o seu procedimento como base nos doutrinadores José Dos Santos Carvalho Filho e Maria Sylvia Di Pietro.

**Palavras-chave:** *Lei de Licitação. Contratos (8666/93). Administração Pública.*

**Abstract:** In view of the performance of the public administration in combating the pandemic that haunted the whole world, and the changes adopted in an emergency manner by the public administration in the bidding process, this scientific article is of paramount importance, in view of its purpose in transmitting for my colleagues in the law and for the general public, the changes that have occurred in the execution of public acts and the consequences of these changes, adopted for the emergency confrontation of public health. In view of the alterations that occurred in the bidding process, such as the exemption from previous studies for the contracting of goods, services and inputs needed to face the emergence of the covid-19, the consequences of the bureaucratization of the public machine, such as overpricing of purchases, will be discussed of inputs and service contracts by the public administration. Before that, and as an objective for a better understanding of this scientific article, it is essential to define bidding, its characteristics, the principles that govern the bidding process and its procedure as the basis of the indoctrinators José Dos Santos Carvalho Filho and Maria Sylvia Di Pietro.

**Key words:** Bidding and Contracts Law (8666/93). Public administration

**Sumário:** Introdução. 1. Licitação. 1.1. Conceito De Licitação. 1.2. Princípios. 1.2.1. Princípio da legalidade. 1.2.2. Princípio da Moralidade. 1.2.3. Princípio da Impessoalidade. 1.2.4. Princípio da Igualdade. 1.2.5. Princípio da Publicidade. 1.2.6. Princípio da Probidade Administrativa. 1.2.7. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório. 1.2.8. Princípio do Julgamento Objetivo. 1.3. Procedimento licitatório. 1.3.1. Edital. 1.3.2. Habilitação. 1.3.3. Classificação. 1.3.4. Homologação. 1.3.5. Adjudicação. 2. Dispensa de licitação para o enfrentamento de covid -19. 3. Segurança jurídica nas contratações diretas para o enfrentamento da pandemia. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A administração pública é formada por um conjunto de entidades, órgãos e agentes que visa a implementação do bem comum, ou seja, tem como finalidade satisfazer o interesse da sociedade, tais como saúde, segurança e educação. Nessa busca do bem comum temos a licitação sendo, pois um procedimento de natureza administrativa realizada obrigatoriamente pela administração pública na hipótese de contratação de serviço, obra e fornecimento de produtos. Salienta que é um procedimento formal, burocrático e em regra vinculante e com a finalidade de garantir a proposta mais vantajosa para a administração pública.

Para esse fim, o procedimento licitatório estabelece mecanismo garantidores da impessoalidade administrativa, além de critérios rigorosos, objetivos e princípios entendidos como diretrizes valorativas jurídicas. Para com a finalidade de garantir uma segurança da gestão dos recursos públicos.

Diante do cenário de emergência causado pelo COVID-19 em que se encontra o país o presente ensaio científico, tem como problemática de pesquisa a segurança jurídica dos atos administrativos praticados com a dispensa do procedimento licitatório.

Como objetivo geral, este artigo científico buscará refletir sobre os aspectos que se referem à fase interna da Lei 8.666/1993, em consonância com os valores éticos e probos que devem nortear a atuação dos agentes públicos no exercício de suas funções.

Nos objetivos específicos, será desenvolvido as alterações ocorridas na licitação e associar, com a sua segurança jurídica nas contratações de bens e serviços; analisar a aplicabilidade dos princípios da moralidade e probidade administrativa a problematização do caso;

Nesse panorama, a relevância desse estudo está relacionada as importantes inovações ocorridas na atuação da a administração pública, em especial quanto a dispensa temporária da realização de licitação, para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da crise causado pelo corona vírus, dado que tais medidas foram exigidas para garantir a saúde, vida e a dignidade da pessoa humana.

Por essa razão, o presente artigo científico é de suma importância, pois vai levar esclarecimentos aos acadêmicos de direitos, e ao público geral sobre as alterações ocorridas na atuação da administração pública, e as consequências dessas mudanças.

## 1. LICITAÇÃO

### 1.1 Conceito de licitação

A Etimologia da palavra licitar Do latim significa licitare, ou seja, o ato de dar maior valor, maior lance. (DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS, 2020)

Para Hely Lopes Meirelles:

*“Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos (MEIRELLES, 2011, p. 287).”*

A licitação, está inserida na lei 8666 de 1993, essa estabelece normas gerais sobre licitações, visto que, os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, subordinam ao regime dessas normas. Assim, como dispõe o Art. 1º, Parágrafo único da lei 8666/93 que:

*“Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”*

Desse, dispositivo podemos extrair que a atuação da administração pública está vinculada, ou seja, os agente públicos só podem atuar dentro do que está escrito em lei, visto que, vai proporcionar uma maior igualdade entre os participantes da licitação. Nesse, sentindo é importante citar o doutrinador CARVALHO FILHO que diz:

*"A licitação é procedimento vinculado no sentido de que, fixadas suas regras, ao administrador cabe observá-las rigorosamente (art. 41, Lei no 8.666/1993). Somente assim estará salvaguardando o direito dos interessados e a probidade na realização do certame. Aliás, esse é um dos aspectos decorrentes do princípio da probidade administrativa, princípio inscrito no art. 3o do Estatuto dos Contratos e Licitações. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 244)."*

Entende-se, ainda que a licitação, além de, proporcionar uma igualdade de oportunidades a todos quantos se interessam em contratar com a Administração, trouxe também, como fundamento a moralidade administrativa, ou seja, a licitação veio para prevenir as condutas de improbidade por parte dos administradores. Com base nesse argumento, CARVALHO FILHO (2018, p. 244) afirma que "A licitação veio prevenir eventuais condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes a acenos ilegítimos por parte de particulares."

## 1.2 PRINCÍPIOS:

O instituto licitação é normatizados por princípios constitucionais gerais, e por princípios específicos legais, salienta que não há hierarquia entre os princípios, mas sim de complementariedade, além do mais, são utilizados para reger o procedimento licitatório. Para o doutrinador CARVALHO FILHO,

*"A licitação é norteada por alguns princípios, alguns dos quais expressos em lei, os quais definem os lineamentos em que se deve situar o procedimento. Não raras vezes, a verificação da validade ou invalidade de atos do procedimento leva em consideração esses princípios, razão por que devem eles merecer comentário em apartado."*

Encontra-se no artigo 3 da lei 8.666/93, os princípios básicos que regulamenta o processo licitatório. São eles, princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo".

### 1.2.1 Princípio da legalidade

A finalidade da legalidade é assegurar que o próprio poder público está sujeito aos mandamentos da lei, ou seja, a atuação da administração pública, está restrita ao que a lei autorizar ou proibir. Afirma o doutrinador CARVALHO FILHO (2018, p. 251) "No campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento."

### 1.2.2 Princípio da Moralidade

De acordo, com esse princípio a comissão de licitação bem como todos os licitantes devem agir de forma ética, honesta e proba, ou seja, determina que a Administração não pode ter conduta de má-fé. DI PIETRO, por sua vez, define:

*“O princípio da moralidade exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade. Di Pietro (2020, p. 419)”*

### 1.2.3 Princípio da Impessoalidade

Este princípio assegura que no processo licitatório, seja adotado o tratamento igualitário para todos os participantes, isto é, não pode a Administração pública tomar decisões subjetivas, ou seja, não pode levar em consideração para a escolha da proposta, condições ou vantagens pessoais do licitante. Para DI PIETRO:

*“O princípio da impessoalidade todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório. Di Pietro (2020, p. 419)”*

### 1.2.4 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade tem como finalidade garantir aos licitantes igualdade de direitos, ou seja, a administração pública não pode criar uma discriminação entre os participantes de um certame, visto que, o artigo 37, XXI da CF/88, determina que o órgão administrador, garanta igualdade de condições a todos os concorrentes. Para o doutrinador CARVALHO FILHO (2018, p. 252.), “O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a todos os interessados. ”

### 1.2.5 Princípio da Publicidade

Este princípio significa que a licitação é um procedimento público, ou seja, os procedimentos da licitação devem ser transparentes, de modo que os administrados possam acompanhar e fiscalizar os atos praticados durante a realização da licitação. Para CARVALHO FILHO:

*“Esse princípio informa que a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número possível de pessoas. E a razão é simples: quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora. CARVALHO FILHO (2018, p. 253)”*

O princípio da publicidade ainda garante a eficiência do processo licitatório, pois ao tornar os atos licitatórios públicos, torna a competição entre os licitantes mais justa e igualitária, visto que, esse princípio promove a participação dos interessados no procedimento licitatório.

#### 1.2.6 Princípio da Probidade Administrativa

Este princípio exige que os administradores atuem com honestidade, e com moralidade ao praticar o ato administrativo, ou seja, pressupõe que haja ética e moral em todas as condutas do gestor público. CARVALHO FILHO, por sua vez, define:

*“Que o administrador atue com honestidade para com os licitantes, e sobretudo para com a própria Administração, e, evidentemente, concorra para que sua atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo, que é o de promover a seleção mais acertada possível. CARVALHO FILHO (2018, p. 253)”*

#### 1.2.7 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

As regras do procedimento licitatórios, vem previstas previamente em um edital e de acordo, com este princípio tanto o administrador como, os administrados devem seguir as regras prevista nesse edital, ou seja, o edital deve ser obedecidos por todas as partes. Para CARVALHO FILHO (2018, p. 254) “Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.”

Vale ainda frisar que no artigo 41 da Lei nº 8.666/93, diz que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Deste modo, se for descumprido as regras do edital, o procedimento licitatório estará ferindo não apenas o princípio supracitado, mais também aos outros princípios vinculados a licitação (Di Pietro,2020).

#### 1.2.8 Princípio do Julgamento Objetivo

Este princípio é entendido que para, o julgamento da licitação deve ser observado critérios e fatores seletivos previstos no edital, pois, desse modo afasta qualquer surpresa



para os participantes da competição. Para a doutrinadora Di Pietro (2020, p. 421) “Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital.”

### 1.3 PROCEDIMENTO LICITATORIO

#### 1.3.1 Edital

Para dá início ao processo licitatório é necessário primeiramente ocorrer a divulgação do edital, visto que, traz em si regras, além de, conter todas as característica da licitação, ou seja, vai definir qual a modalidade e o tipo de licitação que será realizado. Nesse sentido, Celso Spitzcovsky (2018, p. 385), caracterizou o ato como, “como lei interna das licitações”. Salaria ainda, que os administradores e administrados estão subordinados a essas regras, Nesse sentido, é expresso o art. 41 do Estatuto: “A Administração não pode descumprir as normas e as condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Entre outros aspectos do edital, vale ressaltar que o art. 40 da Lei n. 8.666/93, determina alguns dados que deve conter no edital como, o local, o dia e a hora para recebimento da documentação e das propostas e para a abertura dos envelopes, as condições de reajuste, o prazo, o critério de julgamento etc. Nesse sentido, para CARVALHO FILHO (2018, p. 284), “todas essas imposições têm o escopo de permitir inteira aplicação do princípio da publicidade, dando oportunidade aos interessados de conhecerem os detalhes que cercam a licitação e o futuro contrato.”

A finalidade da publicidade é para que, os participantes da licitação, como qualquer outra pessoa possa exercer o direito de fiscalizar a administração pública, ou seja, qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o edital, se entender que pode haver alguma irregularidade. Nesse sentido dispõe o Art. 41, § 1º.

#### 1.3.2 Habilitação

A fase de habilitação ocorre a verificação dos documentos apresentados pelas pessoas que vão participar da licitação, salienta-se que é uma fase eliminatória, ou seja, após a verificação dos requisitos pessoais de aptidão do candidato, para uma futura contratação, a administração pública pode considera o candidato inabilitado e excluir da fase de julgamento das propostas. Para Spitzcovsky:

*“A fase denominada habilitação, é aquela em que o Poder Público procura averiguar as condições pessoais de cada licitante, de modo a concluir pela possibilidade ou não de ele arcar com as*

*responsabilidades resultantes do futuro contrato caso saia vencedor. (2018, p. 388)”*

As exigências faladas acima, para a habilitação de cada licitante tem fundamento o art. 37, XXI, da CF, o qual descreve que:

*“XXI — ressaltados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”*

Percebe-se, que a administração pública se limita apenas algumas exigência prevista em lei, ou seja, não fica a livre escolha do administrador. Portanto, é uma maneira preventiva de evitar o abuso de poder por parte do administrador, visto que, se ele tivesse essa liberdade para atuar poderia criar exigências que somente pessoas do seu interesse conseguiria cumprir, além do mais, essa limitação de exigência é uma garantia da aplicabilidade do princípio da impessoalidade, uma vez que a atuação da administração pública deve adotar tratamento igualitário a todos, ou seja, aplicar a mesma exigências a todos. Nesse sentido é importante citar o entendimento do doutrinador Spitzcovsky:

*“Em outras palavras, traçando esses limites, a Constituição impede, ou pelo menos dificulta, a possibilidade de o administrador estabelecer um nível de exigência que só possa ser cumprido por determinadas pessoas, ainda mais quando não apresente nenhuma ligação lógica com o objeto da licitação para direcioná-la, o que não se admite. (2018, p. 388)”*

Estabeleceu ainda o legislador no art. 27 da lei ora em análise, a exigências de documentos para a habilitação da licitação, os quais sejam, habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista.

### 1.3.3 Classificação

Os licitantes que preencherem os requisitos da fase de habilitação passaram para abertura e análise dos envelopes que contém as propostas comerciais. Ou seja, a finalidade dessa fase do processo licitatório é comparar todas as proposta realizadas.

Vale ainda disser que nessa fase do procedimento as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação (art. 48, I, lei 8.666/93) podem ser

desclassificada. Percebe-se, a obrigatoriedade da observância das regras previstas no edital por todos os participantes do certame. No entendimento do Celso Spitzcovsky (2018, p. 394). “As proposta deverão ser imediatamente desclassificadas se for manifestamente inexequíveis, ainda que elaboradas dentro dos limites previstos no edital”

#### 1.3.4 Homologação

Terminado a análise e o julgamento das proposta pela comissão o próximo passo é confirmar a legalidade de todos os atos praticados para que seja, ou não homologado o objeto da licitação. Percebe-se, nessa fase do procedimento licitatório o controle da legalidade, pois se a autoridade competente verificar alguma ilegalidade o procedimento será anulado. Essas situações encontram-se previstas no art. 49, caput, da Lei n. 8.666/93:

*“Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.”*

Vale ainda destacar, que o licitante que obtiver sua proposta anulada poderá recorrer da decisão que a desclassificou. Isso poderá ocorrer através de uma interposição de recurso para o órgão competente que deverá ser feito no prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata. De acordo, com o artigo 109, I, da mesma lei.

#### 1.3.5 Adjudicação

Adjudicação é a última fase do processo licitatório e é entendido como, o ato que se atribui ao vencedor o objeto da licitação, ou seja, nesse momento da licitação a administração pública atribui para a pessoa que venceu a licitação o objeto do certame. Para Spitzcovsky (2018, p. 394). “É a fase que encerra o procedimento de licitação, na forma prevista pelo art.43, VI, é denominada adjudicação, por meio da qual o Poder Público entrega para a proposta vencedora o objeto da licitação.”

## 2. DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA O ENFRENTAMENTO DE COVID - 19

É sabido que a licitação é um procedimento obrigatório que deve ser adotados por todos os ente da administração pública, direta ou indireta, antes de contratarem obras e serviços, visando garantir igualdade de condições para todos os concorrentes. Assim, como é previsto no art. 37, inciso XXI da CR/88, que diz:

*“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”*

Nota-se, que no mesmo artigo citado acima e na lei de licitação o legislador faz algumas ressalvas quanto ao procedimento licitatório. Hipóteses que pela particularidade do caso e pela demora e burocratização das etapas licitatórias prejudicariam o interesse público. Desse modo, o legislador enumerou casos que poderá haver a dispensa de licitação por ser mais conveniente ao interesse público. Para CARVALHO FILHO (2018, p. 259) *“A dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório.”*

Como o advento da pandemia causado pelo COVID-19 que assolou várias regiões do mundo, inclusive o Brasil, fez se necessário que os líderes governamentais tomassem decisões Perspicaz e célere, visto a alta velocidade de disseminação que o vírus tinha e a capacidade de provocar mortes em populações vulneráveis.

Como um dos mecanismo ao enfrentamento do COVID-19, a dispensa da licitação passou a ser regulada pela lei excepcional de Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020. Visto, a necessidade da celeridade para contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública.

A nova regulamentação foi de grande importante, pois com a pandemia ocasionada pelo COVID-19 somado com a falta de medicamentos usados na intubação de pacientes, além da procura desesperada por leitos nos hospitais o país se deparou com uma crise sanitária, caracterizando uma situação excepcional, o qual a licitação se torna dispensável, dada a necessidade de contratação rápida de obras, serviços e compras.

Em vista, do que foi falado para garantir a supremacia do interesse público o legislador percebeu a necessidade e urgência da dispensa dos procedimentos licitatórios para aquisição dos bens e serviços. Assim como está previsto no artigo 4, da lei Nº 13.979, que diz:

*“É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao*

*enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei.*

*§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do corona vírus.”*

### **3. SEGURANÇA JURÍDICA NAS CONTRATAÇÕES DIRETAS PARA O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA**

O surgimento do COVID-19 acarretou em mudanças drásticas nas relações sociais e econômicas e logo repercutiu no âmbito do direito ao exigir que as autoridades públicas tomassem decisões de forma célere e eficaz no combate ao vírus Sars-Cov2.

Em vista, do estado de calamidade a lei Nº 13.979 permitiu que o administrador realizasse o processo de aquisições de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento do novo vírus, sem a necessidade da realização do procedimento licitatório, visto a necessidade de contratações de modo rápido e eficiente a fim, de combater a pandemia e manter serviços essenciais à população.

Assim, previsto no art.4 da lei supracitada, a dispensa do procedimento administrativo para aquisição de insumos é de caráter excepcional, ou seja, só vai ter validade enquanto perdurar a excepcionalidade causada pela pandemia.

Além da possibilidade de dispensa a nova regulamentação permite que haja contratações com empresas que sofreram sanção de impedimento ou de suspensão de contratação com o poder público, mas desde que, seja a única fornecedora do bem ou prestadora do serviço. Assim descrito no artigo 4, § 3º, lei Nº 13.979. Que diz:

*“Na situação excepcional de, comprovadamente, haver uma única fornecedora do bem ou prestadora do serviço, será possível a sua contratação, independentemente da existência de sanção de impedimento ou de suspensão de contratar com o poder público.”*

Mas vale destacar, que o legislador visando a segurança jurídica e pôr fim a supremacia do interesse público, determinou que se o gestor público contratasse algum serviço ou realizasse compras com alguma fornecedora ou prestadora de serviço, que já sofreram sanções de impedimento ou de suspensão de contratar com o poder público, seria obrigatório a prestação de garantia, seja na modalidade, I- caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante

registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; II- seguro-garantia; ou III - fiança bancária. Assim previsto no artigo 4, § 3º-A, que diz:

*“No caso de que trata o § 3º deste artigo, é obrigatória a prestação de garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor do contrato.”*

Outra inovação trazida pela lei Nº 13.979, no intuito de agilizar a realização de contratações públicas está previsto no Art. 4º-E § 3º. A regulamentação possibilita que se realizem contratações por valores mais elevados, aos que foram obtidos por meio da pesquisa de preços realizados pela administração pública desde que, justificadas as oscilações decorrentes da variação de preços. (Dotti, 2020)

Mas vale destacar que, apesar da excepcionalidade o administrador deve guarda o princípio da economicidade, ou seja, a administração pública deve buscar a obtenção do resultado esperado com o menor custo possível, mantendo a qualidade e buscando a celeridade na prestação do serviço ou no trato com os bens públicos. Portanto, a economicidade “é traduzido no dever de adquirir bens e serviços no limite do indispensável ao enfrentamento da emergência”. (Dotti, 2020)

Vale ainda disser que, a lei Nº 13.979, com a finalidade de abreviar as contratações públicas, no seu Art. 4º-C, prevê a possibilidade para a aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia sem a necessidade de elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e de serviços comuns. No entanto, o gestor público deverá observar o princípio da Princípio da motivação, que determina que a administração deverá justificar seus atos apresentando as razões que o fizeram decidir sobre os fatos, ou seja, o gestor público deve Demonstrar pertinência com o serviço a ser contratado com o enfrentamento da pandemia resultante do COVID-19.

Como já foi falado, o procedimento licitatório permite uma igualdade entre os licitantes, assim como está previsto no art. 37, inciso XXI da CR/88. Apesar, de ter havido a flexibilização e a facilitação da realização de contratações diretas, o administrador ainda deve guarda o princípio da igualdade, ou seja, os atos de convocação e os contratos não podem haver condições que favoreçam alguns licitantes em detrimento de outros, ou seja, não pode haver cláusulas que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo para as contratações de bens e serviços para o enfrentamento do COVID-19. Para Dotti,

*“A observância do princípio da igualdade, que se cumpre evitando-se que os atos de convocação e os contratos admitam, prevejam,*

*incluam ou tolerem cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da contratação. (Dotti, 2020)”*

Visando a segurança jurídica nas contratações diretas para o enfrentamento da pandemia causada pelo COVID-19, o legislador ainda previu que todas as aquisições ou contratações que se realizassem com base na lei 13979, deverão ser disponibilizadas em site oficial específico na internet, no prazo de cinco dias úteis, contado da realização do ato, visando o exercício do controle social. Desde modo previsto no § 2º, Art. 4º, da lei Nº 13.979, que diz:

*“§ 2º Todas as aquisições ou contratações realizadas com base nesta Lei serão disponibilizadas, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da realização do ato, em site oficial específico na internet, observados, no que couber, os requisitos previstos no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, com o nome do contratado, o número de sua inscrição na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou contratação, além das seguintes informações: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)”*

Em vista do que foi falado, é de grande importância frisar que a desburocratização realizada pela lei federal nº13.979/2020, com o fim de enfrentamento da emergência, não resulta na inobservância dos princípios que regem os processos administrativos de modo geral, ou seja, o administrador mesmo diante de um cenário de excepcionalidade tem o dever de guarda os princípios constitucionais gerais e os princípios específicos. Para Dotti,

*“Nada obstante as simplificações e “liberalidades” conferidas à administração pública pela lei nº 13.979/2020 para o efeito de enfrentamento da emergência, não pode o gestor, responsável pelas contratações públicas, eximir-se do dever de observar os princípios da igualdade, da impessoalidade, da eficiência, da razoabilidade e da economicidade. (Dotti, 2020)”*

Por fim, é de suma importância dizer que mesmo diante do cenário de excepcionalidade e desburocratização do procedimento licitatório, o gestor ainda responde por crimes em licitações e contratos administrativos, desde modo para uma maior segurança jurídica no processo de licitação o legislador previu um rol de crimes para

aqueles que frustrar o procedimento de contratações de bens e serviços, assim previsto no capítulo "CAPÍTULO II-B da LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021.

Não obstante o administrador, pode praticar ato de improbidade administrativa se frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente, assim como descrito no Art. 10, inciso VIII – da LEI Nº 8.429, que prever:

*"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:*

*VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;"*

As punições prevista nessa lei para o gestor público que causar danos ao erário, são as sanções penais, cíveis e administrativas que podem ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente com o ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos, assim previsto no art.12, inciso II da lei supracitado.

## CONCLUSÃO

Como já visto, a licitação é um procedimento de atos vinculados, isto é, a administração pública direta, indireta e os licitantes tem uma limitação na sua atuação que já vem descrito em lei. Somente assim estará garantindo o direito dos licitantes e a probidade na realização do certame.

A licitação é um instituto regido por princípios constitucionais gerais e específicos legais, além disso, é um procedimento com fases que devem ser concluídas rigorosamente, visando a moralidade administrativa para a escolha da proposta mais vantajosa para a administração pública. Sendo assim, tem como finalidade prover a administração pública recursos para o atendimento das necessidades dos administrados, sem que haja práticas de atos ilícitos.

Com o surgimento do covid-19 que resultou em crises sanitárias e econômicas fez-se necessário que as autoridades públicas arrecadassem bens, serviços e insumos



destinados ao enfrentamento do novo vírus, de forma rápida e eficaz de modo que não prejudique o serviço público e a probidade administrativa.

Sendo assim, o legislador criou a lei excepcional de Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020, que regula a dispensa do procedimento licitatório, ou seja, o administrador público poderá realizar as contratações de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública, com mais celeridade, de forma que seja garantido a supremacia do interesse público suprimindo as necessidades da população.

Apesar das inovações regulamentadas pela lei Nº 13.979 que resulta em uma margem de liberdade de atuação para o administrador público é certo dizer que é imprescritível que o agente público observe os princípios da igualdade, da impessoalidade, da eficiência, da razoabilidade e da economicidade, pois mesmo diante de um cenário de excepcionalidade o gestor, responsável pelas contratações públicas não se exime de guarda tais princípios. É certo ainda disser que a lei nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021, prevê rol de crimes para aqueles que frustrar o procedimento de contratações de bens e serviços.

Baseando-se no que foi relatado, apesar de uma sensação de insegurança jurídica nas contratações diretas, ainda há previsão em lei para dismantelar qualquer ato contrário ao interesse público, isto é, os órgãos fiscalizadores ainda tem respaldo em lei para fiscalizar e buscar a responsabilidade civil daquele que praticar qualquer ato irregular. Portanto, a desburocratização do procedimento licitatório se faz de grande importância, ainda que com esta sensação de insegurança, pois desta forma é garantido pelo Estado mesmo em um cenário de excepcionalidade, os direitos básicos inerentes ao ser humano.

## **Bibliografia**

Canelas, d. C. (2020). Crimes contra a administração pública em época de pandemia causada pelo covid-19. [jus.com.br](http://jus.com.br).

Dotti, M. R. (10 de abril de 2020). Covid-19: Deveres e responsabilidades advindas das contratações públicas. Fonte: consutor juridico : <https://www.conjur.com.br/2020-abr-10/restelatto-dotti-contratacoes-publicas-durante-pandemia>

Dotti, M. R. (10 de abril de 2020). <https://www.conjur.com.br/2020-abr-10/restelatto-dotti-contratacoes-publicas-durante-pandemia>. Fonte: Consultor Jurídico.

Filho, J. d. (2019). manual de direito administrativo . São Paulo: atlas .

Jesus, A. G. (2020). Legalidade da dispensa de licitação nas contratações públicas para enfrentamento da pandemia do COVID-19. *Âmbito Jurídico*.

Oliveira, F. B. (2020). OVID-19 no Brasil os múltiplos olhares da ciência para compreensão e. *atena*, 34.

PEZENTE, D. (2020). DISPENSA DE LICITAÇÕES NAS COMPRAS EMERGENCIAIS, SOB O EFEITO. 56.

Pietro, M. S. (2020). *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense Ltda.

Silveira<sup>2</sup>, C. R. (Vanessa Emília da Silveira<sup>2</sup>). Contratações diretas em tempos de pandemia: uma análise dos. 23.

Spitzcovsky, C. (2018). *direito administrativo esquematizado*. saraiva .

Zucco, F. (23 de Agosto de 2018). <https://www.rcc.com.br/blog/principios-da-licitacao/#:~:text=Os%20princ%C3%ADpios%20b%C3%A1sicos%20da%20licita%C3%A7%C3%A3o,probidade%20administrativa%2C%20publicidade%20e%20efici%C3%AAncia.>  
Fonte: RCC.

## **A LINHA TÊNUE ENTRE AS MEDIDAS PROTETIVAS E O EMPREGO LEGÍTIMO DA FORÇA LETAL COMO MEDIDA EXTREMA EM ATIVIDADES POLICIAIS VISANDO A PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA E DA INCOLUMIDADE DAS PESSOAS**

**WILLIAN KARLYAN RAMOS DE OLIVEIRA**

**WALLACE MICHAEL OLIVEIRA SILVA**

**RESUMO:** A vida humana é o bem jurídico mais valioso preservado e assegurado pelas normas de direitos humanos e pela constituição federal em diversos contextos. Os direitos humanos não são absolutos e, portanto, podem ser relativizados, desde que não afetem o seu núcleo essencial. Porém, quando se trata, nesse caso, do direito à vida, em contextos que há uma ameaça a esse bem jurídico, o estado tem o poder-dever de agir através dos órgãos de segurança pública. Nessa conjuntura, o presente trabalho visa contextualizar e evidenciar fatos que devem ter a devida atenção, zelo e presteza para que sejam elucidadas as controvérsias que englobam todo o contexto jurídico que permeia a vida e suas facetas. Tratando-se, entre outras, de situações nas quais poderá ser relativizada a vida, visando a legítima defesa e a preservação das demais vidas do corpo social. Inicialmente, para que haja soluções para a temática em pauta, deve-se ter uma análise criteriosa do caso e buscar sempre o resultado que realmente assegure os direitos do agente que age em nome do estado, além de trazer a melhor resposta a sociedade e esse trabalho é realizado em conjunto com todos os órgãos do estado que possuem relação com a problemática, agindo esses, sempre com impessoalidade e imparcialidade para elucidar situações fáticas. Além disso, as normas que versam sobre essas matérias devem ser revisadas e caso haja divergências em determinados casos verificar a possibilidade de padronização legal para que não haja discrepâncias em decisões que versarem sobre a mesma matéria. Assim, o contexto que trata sobre a linha tênue entre as medidas preventivas e o emprego legítimo da força de letalidade como medida extrema em atividades policiais que visem a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas terá resultados positivos quanto a sua aplicação, além de trazer o melhor resultado para a sociedade em situações complexas como essas. Afinal, um estado democrático de direito tem como princípio o respeito e zelo pela dignidade humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos; Legítima Defesa; Relativização da Vida.

**ABSTRACT:** Human life is the most valuable legal asset preserved and guaranteed by human rights standards and the federal constitution in different contexts. Human rights are not absolute and, therefore, can be relativized, as long as they do not affect their essential nucleus. However, when it comes, in this case, to the right to life, in contexts where there is a threat to this legal asset, the state has the power-duty to act through public security agencies. At this juncture, the present work aims to contextualize and highlight facts that

must have due attention, zeal and readiness so that the controversies that encompass the entire legal context that permeates life and its facets are elucidated. These are, among others, situations in which life can be relativized, aiming at the legitimate defense and preservation of other lives of the social body. Initially, for there to be solutions to the issue at hand, one must have a careful analysis of the case and always look for the result that really ensures the rights of the agent acting on behalf of the state, in addition to bringing the best response to society and this The work is carried out jointly with all the organs of the state that have a relationship with the problem, acting on them, always with impersonality and impartiality to elucidate factual situations. In addition, the rules that deal with these matters should be reviewed and if there are differences in certain cases, check the possibility of legal standardization so that there are no discrepancies in decisions that deal with the same matter. Thus, the context that deals with the fine line between preventive measures and the legitimate use of the force of lethality as an extreme measure in police activities aimed at the preservation of public order and the safety of people will have positive results regarding its application, in addition to bring the best result to society in complex situations like these. After all, a democratic rule of law is based on respect and zeal for human dignity.

**KEYWORDS:** Human Rights; Legitimate Defense; Life Relativization.

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro é pautado em uma democracia e um estado que zela e assegura os direitos humanos de todos os cidadãos e, dentro outros princípios, a supremacia do interesse público. A segurança pública é uma ferramenta indispensável para garantir a aplicabilidade de tais direitos, além de preservar a ordem pública e a paz social.

Os direitos humanos como uma carta de direitos que engloba, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), mais conhecido como Pacto San José da Costa Rica, o Pacto San Salvador e a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH). A CADH possui caráter vinculante e traz consigo os direitos de liberdade, declarados de primeira geração, (direitos civis e políticos).

Já o Pacto San Salvador, como um protocolo adicional, traz consigo os direitos de igualdade, pautados como os direitos de segunda geração, (Sociais, Políticos e Econômicos). E por fim, a DUDH versa sobre os princípios, objetivos, entre outros, visando assegurar a dignidade humana em todos os países e nações. Esse trabalho tem objetivo de demonstrar a efetividade dos direitos humanos, mas em um viés e contexto no qual a supremacia do interesse público, as normas e direitos garantidos e exigidos pela constituição federal brasileira tem sua real efetividade em situações fatídicas complexas.

A segurança pública na ótica da atividade policial, como dito acima, visa garantir a ordem pública e os direitos humanos dos cidadãos. Porém, em ocorrências de extrema periculosidade e gravidade onde encontram-se diversos bens jurídicos ameaçados, sendo esses do corpo social, por um outro cidadão que se coloca na posição de agressor e decide a todo custo lesionar a integridade desses por motivos diversos.

A polícia como garantidora tem o poder-dever de agir para evitar o resultado gravoso, porém em situações complexas como essas onde pessoas são tidas reféns, por exemplo, e sua integridade ameaçada, o instituto da legítima defesa própria e de terceiros poderá ser utilizada como excludente de antijuridicidade. Contudo, há normas internas que buscam intermediar através de medidas, ditas como negociações, para buscar o melhor resultado na preservação e garantia de todas as vidas relacionadas à situação fática.

A vida humana é o bem jurídico mais valioso e por isso é preservada severamente pela constituição e pelas normas e órgãos de direitos humanos. Porém, em situações como essas, onde tal agressor decide lesionar o bem jurídico alheio gravemente e de modo irreparável o direito humano, sendo esse a vida, a integridade vital daquele poderá ser relativizada para proteger o direito à vida das demais pessoas envolvidas, pois mesmo a vida, em situações ímpares, poderá ser relativizada por não ser um direito absoluto, ainda que tão preservado. Mas, como responder de maneira positiva quando todas as opções de resolver a ocorrência de modo a preservar todos os bens jurídicos, inclusive a no agressor, se exauriram?

E caso decida tomar uma decisão pautada na excludente de ilicitude, na relativização da vida humana do agressor em prol dos demais, será que para a instituição e para o julgador que irá decidir, essa foi a melhor resposta? E quando da aplicação do mesmo, este agente será realmente assegurado e os órgãos "fiscalizadores" irão realmente reconhecer tal instituto ainda que houve notável enquadramento. É complexo versar sobre um tema tão controverso, porém deve ser discutido, pois situações como essas ocorrem diuturnamente.

## **2 DIREITO À VIDA: É POSSÍVEL SUA RELATIVIZAÇÃO?**

A atividade policial se faz indispensável para a manutenção e preservação da ordem e também para a proteção da sociedade e da incolumidade das pessoas. O policial é um agente que fiscaliza, preserva e assegura direitos, além de sustentar o regular cumprimento das leis. Em uma situação extrema de conflito onde uma vítima é ameaçada constantemente por um criminoso que garante cercear à sua vida a troca de impunidade ou obtenção de subterfúgio para tentar empregar fuga decorrente de ilícito anterior.

Do outro lado o policial, esse treinado para agir em situações complexas de conflito onde a integridade de quem visa assegurar é aterrorizada e se encontra entre a vida e a morte. Após, todas as maneiras de negociação para tentar preservar as vidas, tanto das vítimas envolvidas, quanto a do criminoso, se esgotarem, sendo assim, não exitosa, está amparado o policial a empregar o uso da força letal como legítima defesa visando preservar a vida e a integridade das vítimas e dos agentes de segurança, inclusive a sua própria.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, não há existência de uma norma específica no que tange a aplicação do uso da força pelos órgãos de segurança do estado a serem interpretados como parâmetros a serem seguidos para aprimoramento, formação e treinamento do agente policial. Todavia, há conceitos generalizados que garantem a legitimidade do uso da força coercitiva pelos órgãos de segurança, principalmente, na figura do agente policial. O artigo 23 do Código Penal descreve tais institutos que garantem determinadas ações.

Art.23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II– em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito. (BRASIL,1940).

Os artigos 24 e 25 do Código Penal, conceituam a legítima defesa e o estado de necessidade.

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (BRASIL, 1940).

Em relação ao instituto do estrito cumprimento do dever legal, vale ressaltar que os agentes de segurança, no exercício de suas atividades rotineiras, têm o poder-dever de guarda, proteção e vigilância, garantido e normatizado pela carta suprema, de agir intervindo diretamente no universo privado dos cidadãos, a fim de garantir a real aplicabilidade da norma legal. Caso haja omissão por parte dos agentes garantidores, esses poderão incorrer em crime, na modalidade omissão imprópria. Tal interferência é

entendida como agressão aos bens jurídicos tutelados, por exemplo, a liberdade, a vida, o patrimônio, mas essa intromissão é plausível quando amparado legalmente e com critérios limitadores, relacionados aos princípios constitucionais e administrativos do estado. Em contrapartida, a excludente de antijuridicidade, que é pautada na aplicação do exercício regular de direito, tem real aplicação no emprego de medidas autorizadas por parte dos órgãos públicos que detêm o poder de polícia, respeitando assim as normas e as garantias constitucionais e de direitos humanos.

Desse modo, o uso do emprego da força é plausível quando aplicado com a devida finalidade de zelar pela própria incolumidade física e dos demais agentes constitucionalmente amparados e, principalmente, daqueles do corpo social que tanto assevera a constituição brasileira. Assim, quando as condutas e medidas aplicadas pelos agentes estatais estiverem condizentes com os direitos elencados na norma, serão amparados pelos institutos discutidos e será afastada a existência de infração penal por parte desses, amoldando de acordo com o que descreve o artigo 23 do Código Penal (CP). Isso significa dizer que quando o agente atua em consonância com a norma e seus referidos institutos será afastado o caráter ilícito do ato.

O Código Penal Militar (CPM) também elenca e assevera tais institutos em seu corpo normativo;

**Art. 42.** Não há crime quando o agente pratica o fato:

- I - em estado de necessidade;
- II - em legítima defesa;
- III - em estrito cumprimento do dever legal;
- IV - em exercício regular de direito.

Estado de necessidade, como excludente do crime;

**Art. 43.** Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.

Legítima defesa;

**Art. 44.** Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (BRASIL, 1969).

A secretaria nacional de segurança pública (SENASP) elenca medidas a serem aplicadas de acordo com o comportamento do agente agressor e descreve ações a serem realizadas com base em níveis, interpretados conforme as condutas do infrator, visando estabelecer um parâmetro mínimo que regula, de forma básica, o uso progressivo da força. Sendo esses;

1. **Presença física:** é a simples presença policial, diante de um comportamento de normalidade por parte de um agressor, onde não há necessidade da força policial.

2. **Verbalização:** é a comunicação, a mensagem transmitida pelo policial, utilizada diante de um comportamento cooperativo por parte do agressor, que não oferece resistência e obedece às determinações do policial.

3. **Controle de contato:** são as técnicas de condução e imobilizações, inclusive por meios de algemas, utilizadas diante da resistência passiva do agressor, que age em um nível preliminar de desobediência (ele não acata as determinações, fica simplesmente parado).

4. **Controle físico:** é o emprego da força suficiente para superar a resistência ativa do indivíduo, o qual desafia fisicamente o policial, como num caso de fuga. Cães e agentes químicos podem ser utilizados.

5. **Táticas defensivas não letais:** é o uso de todos os métodos não letais, por meios de gases fortes, forçamento de articulações e uso de equipamentos de impactos, como os bastões retráteis, diante de uma agressão não letal pelo agressor, que oferece uma resistência hostil, física (contra o policial ou pessoas envolvidas na situação).

6. **Força letal:** é o mais extremo uso da força pela polícia e só deve ser usado em último caso, quando todos os outros recursos já tiverem sido experimentados. Nesse caso o suspeito ameaça a vida de terceiros. (SENASP, 2007).

Os direitos humanos, maior precedente para criação da constituição de 1988, preserva acima de tudo o respeito à vida, dignidade, integridade, mas quando um indivíduo



com intuito de realizar ato ou fato para lesar, impossibilitar e ocasionar mortes de inocentes é totalmente viável que naquele momento sua vida seja relativizada, a fim de resguardar as demais pessoas e as vítimas envolvidas. Sempre que possível utilizar a verbalização e posterior emprego dos meios necessários a pôr fim àquela agressão. O procedimento utilizado até a real necessidade do uso da força letal respeitará sempre por aplicação hierárquica aos princípios e em sua ordem. Segundo a Portaria Interministerial nº 4.226/2010:

[...] 2. O uso da força por agentes de segurança pública deverá obedecer aos princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência.

3. Os agentes de segurança pública não deverão disparar armas de fogo contra pessoas, exceto em casos de legítima defesa própria ou de terceiro contra perigo iminente de morte ou lesão grave.

4. Não é legítimo o uso de armas de fogo contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que, mesmo na posse de algum tipo de arma, não represente risco imediato de morte ou de lesão grave aos agentes de segurança pública ou terceiros.

5. Não é legítimo o uso de armas de fogo contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, a não ser que o ato represente um risco imediato de morte ou lesão grave aos agentes de segurança pública ou terceiros.

6. Os chamados "disparos de advertência" não são considerados prática aceitável, por não atenderem aos princípios elencados na Diretriz n.º 2 e em razão da imprevisibilidade de seus efeitos.

7. O ato de apontar arma de fogo contra pessoas durante os procedimentos de abordagem não deverá ser uma prática rotineira e indiscriminada.

8. Todo agente de segurança pública que, em razão da sua função, possa vir a se envolver em situações de uso da força, deverá portar no mínimo 2 (dois) instrumentos de menor potencial ofensivo e equipamentos de proteção necessários à atuação específica, independentemente de portar ou não arma de fogo. [...] (BRASIL, Portaria Interministerial nº 4.226/2010)

O Estado como detentor do poder de polícia tem o dever de resguardar e proteger os seus assegurados, ou seja, os cidadãos, por meio da segurança pública e de políticas de combate à criminalidade, utilizando-se do aparato estatal de controle de modo preventivo e repressivo às práticas contrárias à lei. Conforme a Constituição Federal de 1988, além do estado a própria sociedade em conjunto se faz necessária para que a segurança pública seja efetiva, pois, o método mais eficaz de combate à criminalidade é realizado em conjunto com a comunidade, por meio de informações, projetos de ressocialização, entre outros.

O estudo da criminologia vê o crime como um problema social e busca respostas aprofundando na análise dos comportamentos dos indivíduos em sociedade. O estudo do crime, criminoso, vítima e controle social faz toda a diferença para se obter uma resposta positiva e condizente que reflita positivamente na sociedade e traga melhores condições de segurança à população. O estudo dos comportamentos e da evolução social está diretamente ligado à criminologia, e esse estudo norteia e auxilia os parlamentares na produção de leis, desde de a lei de caráter inibitório, até a lei de ação repressiva.

Segundo Enrico Ferri, sociólogo que através de seus estudos aprofundados dos meios sociais criou a obra; Sociologia Criminal em 1914, que ampliou o conhecimento dessa ciência social utilizando do método empírico interdisciplinar de pesquisa e traçando características para descrever quem são os potenciais cometedores de crimes, tanto pela escassez de recursos financeiros, como também pela própria qualidade de vida dura, discriminada e marginalizada por estar em um nível social inferior das demais classes. Em todo o conjunto complexo de estudo, que visa entender o comportamento criminoso para posteriormente criar medidas eficazes de solução e segurança social, funciona para diversos grupos sociais, porém existe um coletivo social que tem prazer em subjugar, lesar e contrariar a ordem. Para esses cidadãos não há uma motivação real para tal prática atentatória à integridade das pessoas e sim a simples vontade de lesionar, de contrariar a ordem estatal de controle social, que, na criminologia, é denominada como subcultura delinquente.

Essa teoria, criada por Wolfgang e Ferracuti (1967), defende a existência de uma subcultura da violência, que faz com que alguns grupos passem a aceitar a violência como um modo normal de resolver os conflitos sociais. Mais que isso, sustenta que algumas subculturas, na verdade, valorizam a violência, e, assim como a sociedade dominante impõe sanções àqueles que deixam de cumprir as leis, a subcultura violenta pune com o ostracismo, o desdém ou a indiferença os indivíduos que não se adaptam aos padrões do grupo. Os comportamentos são subdivididos e denominados de; não utilitarismo da ação; ou seja, não há uma motivação racional para tal fato, malícia na conduta; o simples prazer de prejudicar, de ferir a integridade do próximo e também o negativismo da conduta, que é o polo oposto aos padrões sociais.

O criminoso ao cercear a liberdade da vítima ou lesioná-la, a fim de realmente prejudicá-la ou obter satisfação particular, comete crime contra o maior bem jurídico tutelado pela constituição, que é a vida, nesse momento, entra o papel da polícia como mediador de conflitos e norteador da lei, órgão que preserva e restabelece a ordem, além de afirmar e garantir a efetiva segurança e o poder de polícia do estado, visando assim preservar as vidas.

Em uma situação atípica como essa, onde o criminoso sente o prazer em lesar e além de tudo, visa ceifar a vida de terceiros, nesse momento o policial respaldado do aparato legal, deve intervir para cessar a agressão, desde a negociação, que é o ato pacífico e verbal que preserva ambas as vidas, até o uso da força de letalidade para preservar a vida da vítima e garantir a segurança social. Em ocorrências como essas, ao agir o policial, na legalidade, tem o amparo estatal e legal das excludentes de ilicitude que é um dos principais objetos discutidos.

Buscando trazer mais clareza e evidenciar os fatos expostos, há um instituto que deve ser demonstrado, além de todos já elucidados. O dolo, ou seja, a intenção de agir do agente, como é descrito no ordenamento jurídico, se desdobra em dolo direto, indireto e eventual.

**Dolo direto:** O dolo direto ocorre quando o agente prevê o resultado e ,por isso, pratica todos os atos necessários para alcançar tal conduta. O agente realiza a conduta objetivando alcançar o resultado que ele previu. O dolo direto é subdividido entre dolo direto de 1º grau e dolo direto de 2º grau.

**Dolo direto** de 1º grau: O agente tem consciência e vontade de concretizar os requisitos objetivos do tipo e executa a ação de modo a atingir apenas o bem jurídico pretendido.

**Dolo direto de 2º grau:** É também chamado de dolo de consequências. Nessa modalidade, o agente tem consciência e vontade de concretizar os requisitos objetivos do tipo, porém o meio utilizado por ele vai gerar efeito (s) colateral (is) típico (s).

**Dolo indireto:** O dolo indireto é aquele em que o sujeito não quer a produção do resultado, mas, mesmo prevendo que este poderá acontecer, assume o risco de causá-lo. O dolo indireto subdivide-se em dolo indireto alternativo e dolo indireto eventual.

**Dolo indireto alternativo:** O agente prevê mais de um possível resultado típico que pode ocorrer da conduta, e realiza a conduta buscando atingir qualquer desses resultados.

**Dolo eventual:** O agente prevê mais de um possível resultado típico que pode ocorrer da conduta e escolhe um resultado que pretende atingir. Então dirige sua conduta na busca apenas do resultado pretendido, porém assume o risco de produzir os demais. A intenção do agente se dirige a um resultado, aceitando, porém, outro também previsto. (SOARES, 2019).

### **3 O CONTRAPONTO ENTRE O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E A INFLUÊNCIA DAS MÍDIAS NAS DECISÕES JUDICIAIS**

Com a evolução da sociedade e dos meios de disseminar informações, em casos que geram estranheza ao público, a mídia por ignorância técnica e interpretação demasiada de maneira adversa ao fato pelo fator emocional, "julga" tais atos, sem ao menos assegurar as informações como reais, como ilegais e como uma afronta direta aos direitos e garantias constitucionais. Mesmo agindo conforme os ditames legais, o policial é investigado e, em muitos casos, processado pelo ministério público e julgado culpado por atos que praticou amparado pelas excludentes de ilicitude e totalmente na legalidade. A lei dita que o agente garantidor, dentro do princípio da legalidade, deve fazer ao se deparar com tais situações garantindo a ele todo aparato estatal, mas em segundo plano, o entendimento doutrinário com atenção ao fervor público e midiático se deixa influenciar e julga arbitrário ao preceito legal em alguns casos isolados, mas há tal presença, a fim de satisfazer interesses políticos e particulares, indo de contramão a norma em determinados casos.

Quando se trata de políticas públicas de segurança, relativização da vida para resguardar integridade das vítimas, uso da força de letalidade para cessar agressão iminente de um cidadão infringente, gera um grande alarde, ainda mais na contemporaneidade, pois a mídia, em certo ponto de vista, dita as regras e os ditames processuais, tanto pela especulação, quanto pelo fervor público e desse modo se torna instável e inconstante as decisões judiciais.

A lei ampara a conduta policial que esteja atuando dentro da legalidade e o magistrado comovido pelo fervor público, em determinados casos, interpreta o caso fatídico e o julga, contrariando o princípio da imparcialidade. Isso gera insegurança jurídica por parte dos órgãos que o compõem e garante a efetividade da carta magna do estado. Além disso, a própria população, através da manifestação emocional e não racional, se tornou, de certo modo, "juiz de direito", mesmo sem ter formação, conhecimento técnico, científico, ou mesmo capacidade de analisar casos complexos, como o uso da força letal,

influenciando assim a massa populacional que vai de encontro ao que deveria ser apoiado e motivado, o poder policial. Segundo Salineiro, (2016, p. 31), disponibilizar segurança, não é tarefa fácil.

A segurança é um direito fundamental previsto expressamente na constituição, mas sua garantia não é missão simples, sobre tudo porque a definição de segurança envolve outras problemáticas além da garantia da integridade física dos sujeitos. (SALINEIRO, 2016, p. 31).

As ocorrências policiais de grande complexidade, onde envolvem vítimas em risco iminente de vida e um potencial agressor, devem ser tratadas com todo rigor técnico. Os agentes que assumem ocorrências como essas são treinados e capacitados com alto rigor e são levados ao limite da exaustão em treinamentos para que possuam a capacidade técnica, física e emocional para lidar com muita propriedade em situações complexas como essas, que no caso discutido, o maior bem jurídico tutelado e assegurado pela constituição Brasileira, "a vida", tanto do agressor, quanto a das vítimas que se encontram em uma linha tênue, entre a vida e morte. E os únicos capazes de lidar em situações como essas com melhor capacidade em amplo sentido é o policial.

Quanto melhor o preparo, técnico, tático e emocional, melhor será a qualidade e a capacidade de perceber, de decidir pela melhor alternativa de ser empregada e de responder segundo as diretrizes legais que amparam a ação. Ao contrário a falta de preparo técnico, tático ou de controle emocional poderá levar o operador de segurança pública a tomar decisões equivocadas, com respostas que poderão resultar em consequências desastrosas para as pessoas, para a sociedade, para as instituições policiais e para os próprios operadores.

A melhor forma de desenvolver essas qualidades é pelo adéquo e contínuo treinamento e pelo oferecimento de condições de trabalho que permitam os operadores a atuar na plenitude de sua capacidade. (SENASP, 2009, p. 50 e 51).

As políticas de segurança pública, ao serem implantadas devem atender a real necessidade do agente de segurança para que esse desempenhe um papel fundamental na sociedade, que é a preservação e manutenção da vida, por isso, o agente de segurança está completamente envolvido no desenvolver da sua função, com pessoas; ou seja; com vidas e em enumeradas situações através da decisão tomada pelo policial, será definido o futuro do cidadão ou meliante que estão envolvidos no caso. O processo de capacitação

para melhor atuação do agente de segurança é, visualmente, o aperfeiçoamento em treinamentos técnicos, táticos, melhores investimentos em equipamentos, estruturas, que possam realmente otimizar o trabalho policial e assim trazer um resultado positivo para a sociedade.

O Estado é o detentor principal da obrigação de garantir a proteção dos direitos individuais e assegurar o pleno exercício da cidadania através do emprego do poder de polícia quando necessário, além de elaborar políticas públicas efetivas, a fim de reduzir os altos índices de criminalidade e, conseqüentemente, melhorar a qualidade de vida no meio social. Neste sentido, a segurança não se contrapõe à liberdade e é condição para o seu exercício, fazendo parte de uma das inúmeras e complexas vias por onde trafega a qualidade de vida dos cidadãos.

Desse modo, o estado deve afirmar e garantir, realmente, a atuação policial, dando liberdade de atuação dentro das normas legais. E após isso, garantir o efetivo direito de agir quando necessário e ampará-lo na prática de tais condutas que atribuiu a ele através das normas legais.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É real que quando se trata do tema, uso da força letal, abrem-se muitas interpretações, além da própria repercussão pública que se dá em casos como esses, mas o uso da força de letalidade no estrito cumprimento do dever legal e legítima defesa é um amparo constitucional totalmente louvável e realmente deve ser amparado e garantido pelo estado, não a fim de realizar extermínios indiscriminadamente, mas sim para preservar vidas, esse será sempre o intuito.

Então, sempre deverá ser ponderada a situação fática na análise real do caso. O respeito à vida é a primazia que deve ser mantida, mas na iminência de um agressor em potencial que coloca a sua vida e vida de demais pessoas em risco, a integridade desse poderá ser relativizada em prol do coletivo. Isso tudo, claro, após esgotados todos os meios necessários de negociação e manutenção de todas as vidas envolvidas. Não obtendo êxito, a relativização da vida do agressor é justificável e plausível naquele instante.

Na contemporaneidade, a temática discutida se faz mais que indispensável, pois a criminalidade se estende em uma larga escala e essa evolução deve ser acompanhada pelo Estado, a fim de estar sempre pronto para defender e zelar por seus administrados, além de criar ou ampliar a atuação das políticas públicas que visem reduzir o índice criminal e melhorar de forma gradual a qualidade de vida, não só da sociedade, como também das pessoas que moram à margem da sociedade.

Existem diversos tipos de criminosos e motivos que ensejam a ilicitude, dessa maneira o estado deve que intervir de maneira sistêmica para solucionar a problemática para melhorar a qualidade de vida social dessas pessoas e garantindo oportunidades igualitárias para que de forma harmônica se estabilizem socialmente e se reintegrem à sociedade. Com a diminuição das desigualdades sociais, o crime em contrapartida irá diminuir e conseqüentemente as medidas aqui discutidas para preservação da ordem pública serão menos utilizadas, concomitantemente.

Por isso, as políticas públicas são tão importantes, pois, essa é a linha tênue entre as medidas preventivas, o uso progressivo da força e o possível uso da força letal para conter um criminoso potencial no futuro.

Além disso, as decisões judiciais devem a todo custo buscar a aplicabilidade efetiva da imparcialidade, isonomia, pois o ordenamento jurídico pátrio deve sempre ser o parâmetro legal de aplicação das normas para trazer a melhor solução à problemática social. As forças policiais são os órgãos que atuam em nome do estado buscando o real cumprimento das normas legais e garantindo a integridade do corpo social e, desse modo, o estado deve sempre zelar e dar a atenção devida a esses órgãos e os demais que se inter-relacionam buscando aprimorar as suas técnicas e ferramentas de atuação para entregar o melhor resultado ao cidadão.

Assim, com a devida atenção e observância dos institutos apresentados, o estado democrático de direito terá maior efetividade na garantia e aplicação real dos direitos humanos e na resolução de problemáticas que gradualmente irão progredir de modo a trazer resultados significativos para a obtenção da redução dos índices criminais e a efetiva instalação gradual da ordem pública e a paz social tão esperada pela sociedade.

## REFERÊNCIAS

**CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR.** decreto lei no 1.002, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/DecretoLei/Del1002.htm>.

**CÓDIGO PENAL.** decreto lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>.

**CÓDIGO PENAL MILITAR.** decreto lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del1001.htm>.

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

HEMANN, Egon Ferreira Platt. **O Emprego Legítimo da força letal na atividade policial como medida extrema de preservação da ordem pública.** Monografia apresentada à Polícia militar de Santa Catarina Diretoria de instrução e ensino. Universidade do vale do Itajaí Centro de ensino de Biguaçu. 2007.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo. 2ª ed.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SENASP. **Curso Nacional de Promotor de Polícia Comunitária/ Grupo de Trabalho.** Brasília- DF. Secretaria de Segurança Pública- SENASP. 2007.

SENASP. **Uso progressivo da força. 2009.** 50-51 p. Disponível em: [http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/outras\\_publicacoes/pagina-2/5cadernotematico\\_uso-progressivo-da-forca](http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/outras_publicacoes/pagina-2/5cadernotematico_uso-progressivo-da-forca).

SALINEIRO, André. **Políticas Públicas em segurança pública e defesa social- série gestão pública.** Curitiba: editora Intersaberes, 2016.

SOARES, Renan. Dolo - **Tipos de Dolo e suas diferenças.** [S. l.]: <https://www.jusbrasil.com.br/>, 26 mar. 2019. Disponível em: <https://renansoares7127.jusbrasil.com.br/artigos/690140428/dolo-tipos-de-dolo-e-suas-diferencas>.

DE ARAÚJO FAGUNDES, Diego Vinícios. **Uso legal e progressivo da força na atividade policial: PODER DE POLÍCIA NO DIREITO DA SEGURANÇA PÚBLICA.** [S. l.]: Jus.com.br, 1 jan. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55134/uso-legal-e-progressivo-da-forca-na-atividade-policial>.

FERRI, Enrico. **Criminal Sociology**, tradução inglesa da obra Sociologia Criminale, trad. desconhecido, in Project Gutenberg, março 1996.

**Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

**Portaria Interministerial Nº 4.226, de 31 de dezembro de 2010.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/integra-portaria-ministerial.pdf>.

**Desenvolvimento da teoria subcultural.** Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAfj1UAH/teoria-subcultura-delinquente>.